جامعة المنصورة
كلية الحقوق

الوجيز فى نظرية الالتزام

الجزء الأول
مصادر الالتزام

للدكتور / أحمد السعيد الزقرد
أستاذ ورئيس قسم القانون المدني
المحامى بمحكمة النقض والإدارية العليا

الناشر
المكتبة العصرية - المنصورة

تمهيد

الالتزام واجب قانونى على شخص معين يسمى المدين لمصلحة شخص آخر يسمى الدائن موضوعه القيام بأداء مالي ٠

والنظرية العامة للالتزامات قوام دراسة القانون وجوهره وهى الأصل الذي استقت منه أفرع القانون العام والخاص أغلب قواعدها ٠

وتكتسب نظرية الالتزام أهميتها كونها آلية الفرد للولوج إلى المعاملات المالية مدنية أو تجارية فالفرد لا يمكنه الحصول على الخدمات أو اكتساب الحقوق العينية إلا عن طريق إنشاء الالتزامات أو العقود فإذا كانت نظرية الالتزام وسيلة ممارسة الأنشطة الاقتصادية ، فإن تأثيرها قد إمتد ليشمل ليس فقط المعاملات التجارية ، اعتبارا بأن القانون التجاري هو قانون مدني متطور أو متحرر أو متغير ليلائم حاجات التجارة في السرعة والثقة والائتمان ، بل امتد كذلك إلى أفرع القانون العام ٠ فالمتأمل في العقد التجاري يرى بأنه لم يخرج عن عباءة العقد المدني ، كما أن ظلال نظرية الالتزام قد انعكس على المسئولية الإدارية ، والخطأ المرفق وعمل الأمير ، ونظرية الضرورة والظروف الطارئة ٠٠٠ وغيرها٠

كما انعكس تأثير النظرية العامة للالتزامات على قواعد القانون الدولي العام ، بما في ذلك المعاهدات الدولية ، والمسئولية الدولية ٠٠٠ وما إلى ذلك كما أن المتأمل في قانون التجارة الدولية ، بما تشتمل عليه من اتفاقات تمهيدية وعقود نموذجية ، وشروط عامة ، يرى أنها ليست بمنأى عن التأثر بنظرية الالتزامات[1] ٠

---

[1] انظر أحمد السعيد الزقرد / نحو نظرية عامة لصياغة العقود دراسة مقارنة فى مدى القوة الملزمة لمستندات التعاقد / مجلة الحقوق / ع ٣ / س ٢٥ سبتمبر ٢٠٠١ وفيه أن قانون التجارة الدولية مر بمرحلتين في الأولى كان يتغذى بالنظريات التى تسود القوانين الوطنية، وخصوصا منها نظرية الالتزام وفى المرحلة الثانية ، أصبح يمد القوانين الوطنية بآليات وبقواعد تتلائم مع طبيعة المسائل التى ينظمها ٠

مقدمة:

التعريف بالالتزامات- خصائص النظرية العامة للالتزامات – تقسيم الالتزامات – مصادر الالتزام – خطة البحث

١- التعريف بالالتزام :

الالتزام أو الحق الشخصي رابطة بين شخصين أو أكثر تخول أحدهما وهو الدائن مطالبة الآخر وهو المدين بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل أو بإعطاء شيء ٠

ففي عقد البيع مثلا يمكن للمشترى إلزام البائع بنقل ملكية المبيع أو تسليمه كما يمكن للبائع أن يقتضي من المشترى الوفاء بالثمن فكل من المتعاقدين يكون فى مركز الدائن والمدين ٠ وفى عقد العمل يمكن لصاحب العمل أن يقتضى من العامل أداء العمل الموكول إليه بحسن نية ويمكن للعامل أن يقتضى من صاحب العمل الأجر المتفق عليه ٠

وفى عقد القرض يكون المقترض مديناً بينما المقرض فى مركز الدائن ٠ وفى العمل غير المشروع يكون المتسبب فى إحداث الضرر مديناً بتعويض المضرور الذى يعد فى مركز الدائن ٠

والمتأمل فى الروابط السابقة يرى بأنها من جانب الدائن حق أو علاقة دائنيه ومن جانب المدين التزام أو مديونية ٠

ولكن جرى الفقه على تسمية العلاقة بين الطرفين فى الحالتين برابطة الالتزام باعتبار أن العنصر المميز لها هو الالتزام ٠

وقد نظم التقنين المدنى نظرية الالتزامات فى المواد من ٨٩ إلى ٨٠١ فى قسم خاص يتفرع إلى كتابين الأول عن الالتزامات بوجه عام فى المواد ٨٩ إلى ٤١٧ والثاني فى العقود المسماة من المادة ٤٢٨ إلى ٨٠١ ٠

وإذا كان الالتزام أو الحق الشخصي على النحو الذى بسطناه رابطة بين شخصين بمقتضاها يلتزم أحدهما وهو المدين بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل أو بإعطاء شيء ، فإن الحق العيني على عكس ذلك سلطة مباشرة لشخص على شيء مادي معين تخوله استعماله واستغلاله والتصرف فيه أو تخوله بعض هذه السلطات فقط .

وبذا يتضح الفرق الجوهري بين الحقوق الشخصية والحقوق العينية، فالأولى رابطة بين دائن معين ومدين معين . والثانية سلطة يباشرها الشخص على شيء بما فى ذلك حق الملكية والحقوق العينية المتفرعة عنه مثل حق الاستعمال والسكنى وحق الانتفاع وحق الارتفاق .

والرابطة لا تقوم إلا بين الأشخاص لذا توصف الحقوق العينية بأنها مطلقة أي يكون لصاحبها أن يحتج بها فى مواجهة الكافة بعكس الحقوق الشخصية التي لا يحتج بها إلا فى مواجهة شخص معين هو المدين .

كذا فالمحل فى الحقوق العينية شيء معين وهو فى الحقوق الشخصية عمل أو امتناع يقوم به المدين .

والفرق بين نوعى الحقوق ليس نظرياً أو أكاديميا بل يرتب نتائج عدة من حيث الآثار والمدة والمحل والحيازة على النحو الآتي :

أولاً : من حيث الآثار

يترتب على الحق العيني بوصفه سلطة[2] مباشرة لشخص على شيء معين أثران أو ميزتان لا وجود لهما فى الحقوق الشخصية وهما التتبع وحق الأفضلية أو الأولوية .

---

[2] وتقسم الحقوق العينية بعد ذلك إلى قسمين الحقوق العينية الأصلية والحقوق العينية التبعية والأولى سلطة مباشرة لشخص على شيء مادي تخوله استعماله واستغلاله والتصرف فيه مثل حق الملكية ، أو تخوله بعض هذه السلطات فقط فيما يسمى بالحقوق المتفرعة عن الملكية . أما الحقوق العينية التبعية ، فتقوم ضمانا لحق الدائن وتأمينا له مثل الرهن بنوعيه وحق الاختصاص وحقوق الامتياز .

أ- التتبع : وهو يخول صاحب الحق العيني الحق فى أن يتتبع الشيء فى أي يد يكون ليباشر عليه حقه العيني فإذا باع المدين الراهن العين المرهونة يجوز للدائن المرتهن أن يتتبع العين محل الرهن تحت يد المتصرف إليه الأخير برغم انتقال ملكيتها إليه فالحقوق الوارد عليها الرهن تنتقل إلى المشترى أو الحائز محملة بما عليها من رهن ٠

وإذا كانت العين المبيعة مثقلة بحق الانتفاع فإنها تنتقل إلى المتصرف إليه محملة بهذا الحق بحيث يجوز لصاحبه أن يحتج به فى مواجهة المتصرف إليه الأخير٠

وحق التتبع بالمعنى الذى بسطناه لا يتصور وجوده فى الحقوق الشخصية فلا يستطيع الدائن أن يتتبع الأموال التي خرجت من ذمة مدينه وبذا لا يكون للبائع بمقتضى عقد البيع أن يحتج فى مواجهة من تصرف إليه المشترى فى أمواله٠

فإذا باع المشترى المبيع قبل الوفاء بكامل ثمنه إلى شخص آخر لا يجوز للبائع كدائن بما بقى له من ثمن أن يتتبع المبيع تحت يد المتصرف إليه ٠٠٠

وهكذا لأن حق الدائن فى الحقوق الشخصية لا ينصب على مال معين بالذات من أموال المدين وإنما على أموال المدين جميعا أخذا من نص المادة ٢٣٤ مدني [٣] ٠

ب- الأفضلية : وهى ميزة تعطى لصاحب الحق العيني التبعى على غيره من الدائنين إذا توافرت الشرائط الأخرى بحيث يكون له اقتضاء حقه من التنفيذ على العين الوارد عليها الحق بالأولوية أو بالأسبقية على غيره من الدائنين الآخرين فيجوز مثلاً للدائن المرتهن الذى سبق إلى قيد رهنه الأفضلية أو

---

[3] ونصها أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه وجميع الدائنين متساوون فى هذا الضمان إلا من كان له منهم حق التقدم طبقا للقانون

الأولوية فى اقتضاء حقه عن طريق تمكينه من التنفيذ على المال المرهون قبل أي دائن آخر تم قيد رهنه لاحقاً له · وكذا على سائر الدائنين العاديين للمدين ·

وعلى عكس ذلك لا يتصور حق الأفضلية فى الحقوق الشخصية و فيها إذا أعسر المدين قسمت الأموال بين الدائنين قسمة غرماء بحيث لا يقتضى كل منهم إلا نسبة من دينه·

ثانياً : من حيث المدة :

الحقوق العينية كأصل عام حقوق دائمة أو مؤبدة فهي تقع على شيء معين وتظل باقية ببقاء الشيء أما الحقوق الشخصية فهي بطبيعتها تستعصي على التأبيد ولا يمكن إلا أن تكون مؤقتة لأنها تنصب على نشاط يقوم به المدين ولا يمكن تقييد نشاط المدين إلى الأبد · وعليه فعقد العمل مؤقت م ٦٧٨ مدني وعقد الإيجار مؤقت م ٥٥٨ · · · وهكذا ·

ثالثاً : من حيث المحل :

لما كان الحق العيني سلطة فإن محله شيء معين بالذات فإذا لم يكن الشيء محل الحق معينا بالذات لا يقوم الحق العيني عليه فالاتفاق على شراء كمية من البضائع بالمخزن لا ينقل الملكية ولا تنتقل الملكية به إلا بالإفراز وهو عملية مادية يصبح الشيء المبيع بمقتضاها معينا بالذات ·

وإذا كان محل الحق العيني معينا بالذات فإنه يحتج به فى مواجهة الكافة ولذا يوصف الحق العيني بأنه حق مطلق ، على عكس الحق الشخصي الذى لا يوجد إلا فى علاقة الدائن بالمدين ولا يكون للأول التوصل إلى حقه إلا عن طريق الثاني فهو حق نسبى لا يحتج به فى مواجهة الكافة ·

رابعا : من حيث الحيازة :

الحيازة هى سيطرة مادية على شىء معين إذا توافرت شرائطها فإنها تؤدى إلى اكتساب الحائز ملكية الشيء الذى يحوزه سواء فى العقارات أو فى المنقولات ٠

والحيازة بهذا المعنى لا يتصور قيامها إلا بخصوص الحقوق العينية بوصفها كما قدمنا سلطة لشخص على شىء معين بالذات أما الحقوق الشخصية فلا تقبل بطبيعتها الحيازة ٠

وبرغم التمييز بين نوعى الحقوق والنتائج المختلفة التي يرتبها فقد حاول البعض من أنصار المذهب الشخصى تقريب الحقوق العينية من الحقوق الشخصية على سند بأن الحقوق جميعا روابط بين الأشخاص وبأن الحق العيني رابطة بين الشخص صاحب الحق من ناحية وبين الكافة فيما عدا صاحب الحق من ناحية أخرى بحيث يقع التزام على الكافة باحترام الحق العيني وعدم الاعتداء عليه ٠

ولا نسلم بوصف الحق العيني على أنه رابطة ذلك أن الروابط لا تقوم سوى بين الأشخاص ولا تمتد إلى الأشياء ٠

كذا لا يصح القول بأن ثمة التزام فى الحقوق العينية كما هو الحال فى التزام المدين فى الحقوق الشخصية فالأول هو واجب عام يقع على الكافة بعدم الاعتداء على الحق ولا يرقى إلى مرتبة الالتزام المحدد الذى يقع على عاتق المدين فى الحقوق الشخصية كما أن الواجب العام على الكافة بعدم الاعتداء على الحق ينطبق على الحقوق جميعا سواء كانت عينية أو شخصية أو حتى غير مالية ٠

وعليه لم ينجح أنصار المذهب الشخصي فى هدم التفرقة بين نوعى الحقوق

وقد اتجه رأى آخر يسمى بالمذهب المادي إلى محاولة هدم التفرقة بين الحقوق العينية والحقوق الشخصية عن طريق القول بأن الحقوق جميعاً عينية ٠

وقد نظر هؤلاء إلى الحق الشخصي ليس على أنه رابطة بين شخصين أو أكثر وإنما على اعتبار أنه قيمة مالية أو جزء من الذمة المالية أي يقوم بالنقود فيمكن أن يكون محلاً للبيع أو الهبة أو الرهن أو غير ذلك من التصرفات القانونية ٠

ومن شأن تقريب الحق الشخصي من الحق العيني وإدخال الأول فى الثاني تيسير فهم بعض المسائل التي يوجد فيها التزام من دون دائن معين كما هو الشأن فى التأمين على الحياة لصالح " الحمل المستكن " وهو غير موجود وقت انعقاد العقد ٠

وكما هو الشأن فى الالتزام بالإرادة المنفردة بما فى ذلك الوعد بجائزة الموجه للجمهور ٠٠٠ والدائن بالالتزام غير معروف وكذا فى حالة السند لحامله وهو ينشأ لصالح دائن غير معين وقت نشوئه ٠

كما يفسر إمكانية انتقال الالتزام دون تغييره أي من الدائن إلى غيره فيما يسمى بحوالة الحق أو من المدين إلى غيره فيما يسمى بحوالة الدين ٠

وقد تأثر التقنين المدنى المصري بالمذهب العيني فى مناسبتين الأولى عندما نظم حوالة الدين وحوالة الحق وأجاز الاشتراط لمصلحة شخص غير موجود وقت انعقاد العقد والثانية عندما نظم الوعد بجائزة الموجه للجمهور ٠

وفيما عدا ذلك فقد اعتد المشرع بالتفرقة بين نوعى الحقوق وما يترتب على هذا التمييز من آثار عرضنا لها آنفاً٠

- خصائص النظريةالعامة للالتزام

- الثابت بأن التقنين المدني المصرى في حظيرة النظام اللاتينى، وفيه لا تتضمن نظرية الالتزام سوى المبادىء الكلية ، التى تستوعب الخصوصيات والتفصيلات وترتب على ذلك أثرين، الأول أنها تتميز بطابع نظرى جعلها ميدانا رحبا للمنطق القانونى المجرد والثانى، أنها ثابتة بأكثر من غيرها من قواعد القانون ٠

والثباتَ النسبى لنظرية الالتزام لا يعنى أنها لم تتأثر بالتطورات المحلية، أو الدولية كما أثرت بمبادئها على العديد من أفرع القانون الأخرى٠

ويقطع بذلك أن قانون التجارة الدولية ، الذي ولد في أحضان القانون الوطنى المدني أو التجارى في الأنظمة اللاتينية أو التجاري المقترن بالمدنى في الأنظمة الأنجلوأمريكية، قد نما وترعرع بحيث بدأ يمد القاضى المدني أو التجاري في القوانين الوطنية بوسائل وآليات لم تكن مألوفة بما في ذلك مثلا شرط إعادة التفاوض وشرط الثمن المتغير، وشرط العميل الأولى بالرعاية[4] ونحو ذلك ٠

- وقريباً من ذلك ، فقد تأثرت النظرية العامة للالتزام خصوصاً بظهور قانون الاستهلاك ٠

- تأثير قانون الاستهلاك على النظرية العامة للالتزام :

ننوه بداية بأن قانون الاستهلاك فرع من أفرع القانون غايته تنظيم عقود الاستهلاك ، وحماية المستهلك٠

- وعقود الاستهلاك طائفة من العقود تبرم بين المستهلكين والمهنيين بصرف النظر عن محل العقد ٠ أى سواء كان سلعة أو تقديم خدمة، بما في ذلك شراء

---

[4] أحمد السعيد الزقرد/ أثر الظروف اللاحقةعلى تحديد مضمون الالتزام التعاقدى/ مجلة البحوث القانونية والاقتصادية/ ٢٠٠٣ ٠

الغذاء، والدواء أو الأدوات المنزلية، أو عقود إصلاح السيارات والتأمين وخدمات السياحة والسفر ، والإئتمان ٠٠ ونحو ذلك ٠

والمستهلك بالمعنى الضيق للكلمة هو الذي يبرم العقد لأجل إشباع حاجات شخصية أو عائلية [٥]٠

وثمة علاقة وثيقة بين قانون الاستهلاك ، الذي ينحو لتنظيم عقود الاستهلاك وحماية المستهلك ، وبين

النظرية العامة للالتزام بما دفع البعض للقول بأن تقنين الاستهلاك جزء من التقنين المدنى [٦]٠

والمهم أن تأثير تقنين الاستهلاك على النظرية العامة للالتزام له محاور ثلاثة الأول ، أنه ساهم في حماية الرضائية بآليات أو أدوات لم تكن مألوفة في القانون المدني وتمثل ذلك بداية في منح المستهلك وهوالطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية مهلة أو فترة للتفكير في العقود منها وأهمها مثل إبرام العقد فى بيوع الموطن وفى البيع بالمسافات، أو عبر التليفزيون ، وشبكة الاتصالات الدولية Internet٠

ونكرس ذلك بالمادة ل ١/١٣٤ من تقنين الاستهلاك الفرنسى وكذا ، في تحريم الاعلانات التجارية الكاذبة ، والمضللة التى تؤثر سلبا على رضاء المستهلك بالسلعة أو بالخدمة المعلن عنها بالمادة ٢/١٢١ من تقنين الاستهلاك الفرنسى ٠

وتكريس التزام المهنى بإعلام المستهلك بالسلعة أو الخدمة بالمادة ل ١/١١١ من تقنين الاستهلاك ٠ وبإعلامه عن الأسعار وشروط البيع بالمادة ل ٣/١١٣ من تقنين الاستهلاك ٠

---

[5] أستاذى كاليه أولوى / قانون الأستهلاك ط٣ / ص٣/ بند ٣ ٠
[6] كاليه أولوى / مرجع سابق / ص ٣

أما المحور الثانى فتمثل في التأكيد على إقامة توازن مقبول أو معقول في علاقات أطراف العقد باستبعاد الشروط التعسفية، بالمادة ل ٢/١٣٢ من تقنين الاستهلاك من جهة وبضرورة التحديد المسبق لمضمون العقد بالمادة ل ١/٤٢١ من تقنين الاستهلاك من جهة أخرى ٠

أما المحور الثالث في تأثير قانون الاستهلاك على نظرية الالتزام فيتمثل في تشديد التزامات المهنيين فى مواجهة المستهلكين بما في ذلك الالتزام بمطابقة مضمون العقد لما تم التراضى عليه وهو التزام يفوق مجرد الالتزام بضمان العيوب الخفية في عقدى البيع ، والإيجار ٠ وقد ورد النص عليه بالمادة ١/٢١٢ من تقنين الاستهلاك ٠ وكذا الالتزام بالسلامة بالمادة ١/٢٢١ ٠

وإجمالا فقد تأثرت نظرية الالتزام بآليات قانون الاستهلاك سواء في شقه المرتبط بتنظيم عقود الاستهلاك، أو في جزئه المتعلق بحماية المستهلك بوصفه الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية وتمثل ذلك- فيما بسطناه آنفاً - في الرضائية، وهى ركن لإنعقاد العقد ، وفى محل العقد وفى آثاره من حيث تشديد التزامات المهنيين ٠

وتعليقا على ذلك نرى بأن تقنين الاستهلاك الذي نما ، وترعرع فى أحضان التقنين المدني ، قد شب عن الطوق واستقل بآليات وأدوات تنعكس على القواعد العامة في التقنين المدني ٠

ولا شيء من ذلك – للأسف – في القانون المصرى وآثرنا أن نعرض لها ليس على سبيل الاستطراد النظرى فحسب ، وإنما باعتبار أنها تطور لا يمكن تجاهله وإنكاره ٠

٢ـ تقسيم الالتزامات :

تنقسم الالتزامات إلى صور عدة بحسب الأساس الذى يقوم عليه محل التقسيم فمن حيث الموضوع تنقسم الالتزامات إلى التزام بإعطاء والتزام بعمل والتزام بالامتناع عن عمل ٠

ومن حيث الأداء المطلوب من المدين تنقسم الالتزامات إلى التزام ببذل عناية أو بتحقيق نتيجة وتنقسم الالتزامات من حيث الحماية القانونية إلى التزام المدنى والتزام الطبيعي ٠

ـ أولا ـ تقسيم الالتزامات بحسب موضوعها : الالتزام بإعطاء ، والالتزام بعمل والالتزام بالامتناع عن عمل ٠

الالتزام بإعطاء يقصد منه الالتزام بنقل أو بإنشاء حق عيني بما فى ذلك مثلاً التزام البائع فى عقد البيع بنقل الملكية إلى المشترى ٠

والالتزام بعمل ، يتحقق عندما يكون الأداء الذى يتحمل به المدين عمل معين لمصلحة الدائن أي دون أن يتضمن هذا العمل نقل حق عيني ، بما فى ذلك مثلاً التزام العامل بأداء العمل فى مواجهة صاحب العمل ، والتزام المقاول بالبناء ، والتزام الناقل بتوصيل البضاعة ٠

وفى الالتزام بعمل يتعين التفرقة بين ما إذا كان العمل يرتبط بشخصية المدين بحيث لا يجوز لغيره أن ينوب عنه فى تنفيذه ، وما إذا كان العمل غير متصل بشخصية المدين ، بحيث لا يمكن تنفيذه بغير تدخل المدين ٠ وفى الحالة الأولى ، لا يجوز تنفيذ الالتزام جبرا على المدين لأنه يمس بحريته الشخصية٠٠٠

ولا مناص سوى التنفيذ بطريق التعويض المالي ومثال ذلك أن يلتزم فنان برسم لوحة معينة ، فإن أخل بإلتزامه فلا يجوزه جبره عليه ، وللدائن فى ذات الوقت أن يرفض التنفيذ عن طريق شخص آخر ، فلا يكون له سوى التعويض

أما فى الحالة الثانية فيجوز للدائن أن يطلب ترخيصا من القضاء فى تنفيذ الالتزام على نفقة المدين مادام هذا التنفيذ ممكناً • بل يجوز فى حالة الاستعجال أن ينفذ الدائن الالتزام على نفقة المدين دون ترخيص من القضاء •

والالتزام بالامتناع عن عمل ، هو التزام سلبي بحت ، يتطلب أن يمتنع المدين عن عمل كان يجوز له القيام به لولا وجود هذا الالتزام بما فى ذلك التزام العامل بعدم منافسة صاحب العمل ، إلى ما بعد انقضاء عقد العمل ، والتزام التاجر بالامتناع عن منافسة تاجر آخر في ممارسة ذات النشاط التجارى•

فإذا التزم المدين بالامتناع عن عمل معين وأخل بهذا الالتزام كان للدائن طلب إزالة ما وقع مخالفا للالتزام • وله أخذا من نص المادة ٢١٢ مدني أن يقوم بالإزالة على نفقة المدين بعد الحصول على ترخيص من القضاء •

ثانياً:تقسيم الالتزامات بحسب الأداء المطلوب من المدين :التزام ببذل عناية والتزام بتحقيق نتيجة

- يكون الالتزام بتحقيق نتيجة ، إذا كان الأداء المطلوب من المدين يرتبط بالغاية التي يتغياها الدائن من وراء الالتزام فإذا كان التزام المدين هو ذاته هدف الدائن من إنشاء الالتزام كان الالتزام بتحقيق نتيجة بما فى ذلك مثلاً التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشترى، والتزام الناقل بتوصيل البضاعة إلى مكان الوصول • فإذا لم تنتقل الملكية، فى عقد البيع ، وإذا لم تصل البضاعة فعلاً فى عقد النقل لا يكون المدين قد وفى بالتزامه • ولا يغير من ذلك أن يكون

قد بذل الرعاية أو العناية اللازمة مادام أن النتيجة لم تتحقق وعلى عكس ذلك يكون الالتزام ببذل عناية عندما يكون الأداء الذى يلتزم به المدين غير مرتبط بالغاية التي يهدف إليها الدائن من إنشاء الالتزام بما فى ذلك التزام الطبيب فى عقد العلاج الطبي ببذل العناية اللازمة لشفاء المريض ، لكن لا يلتزم كقاعدة عامة بشفاء المريض كنتيجة للعلاج وكذلك التزام المحامى بالدفاع عن موكله التزام ببذل عناية ، وليس بتحقيق نتيجة تتمثل فى كسب الدعوى لمصلحة موكله

ولمعرفة ما إذا كان الالتزام بتحقيق نتيجة أو ببذل عناية يتعين الرجوع إلى المصدر الذى أنشأ الالتزام ، نص القانون أو العقد ٠

ومثال النص القانوني ، ما ورد بالمادة ٦٤١ مدني تشديد التزام المستعير فى المحافظة على الشيء المعار له أو المادة ٧٠٤ مدني تخفيف التزام الوكيل غير المأجور فإذا كان مصدر الالتزام هو العقد تعين الرجوع لبنوده لتحديد قصد المتعاقدين فى هذا الشأن ٠

ثالثاً: تقسيم الالتزامات بحسب الحماية القانونية : الالتزام المدنى والالتزام الطبيعي ٠

الالتزام المدنى ، هو الالتزام الذى يمكن أن ينفذ جبراً على المدين لذا فهو التزام كامل يخول للدائن طلب تنفيذه قضائيا إذا لم يقم به المدين باختياره٠

وبذا يتميز الالتزام المدنى عن مجرد الواجبات الأدبية التي لا يحميها القانون بما فى ذلك مثلا أعمال المجاملات والتصرفات التي تقوم فى نطاق الأسرة ، كوعد الأب لولده بمكافأة إذا نجح فى الامتحان ٠كذا، فقد انتهى الفقه والقضاء على أن التعهد الشرفى وفيه يفصح الشخص عن إرادته في الالتزام أدبيا أو أخلاقيا غير ملزم إذا لم يقصد منه ترتيب أثر قانونى٠

وتأكيدا على أن المجاملات لا ترتب أي أثر قانوني ذهبت محكمة النقض مثلا بأن الضيف لا يعد مستأجرا للعين ولا شريكا للمستأجر الذى أبرم عقد الإيجار باسمه ، ومن ثم لا يترتب آثار الإيجار في مواجهته فليس له حق الانتفاع بالعين يجابه به المستأجر حتى ينفرد بهذا الانتفاع ٠٠٠ وبأن إقامته على سبيل التسامح من جانب المضيف إن شاء أبقى عليها ، وإن شاء أنهاها بغير التزام عليه [7] [8] ٠

٣- مصادر الالتزام – خطة البحث ٠

المقصود بمصدر الالتزام هو السبب المنشىء له ومصادر الالتزام فى القانون المدنى المصري خمسة هى العقد ، والإرادة المنفردة ، والعمل غير المشروع ، والإثراء بلا سبب ، والقانون ٠

ويمكن تقسيم هذه الالتزامات بحسب دور الإرادة فى إنشائها إلى مصادر إرادية تتمثل فى العقد والإرادة المنفردة ٠ ومصادر غير إرادية هى العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب ، ونص القانون ونقصر دراستنا في الجزء الأول على المصادر الإرادية للالتزام فنعرض فى الباب الأول للعقد كمصدر للالتزام ونتناول الإرادة المنفردة فى الباب الثاني ٠

[7] نقض ١٥/٣ ١٩٨٧ / أحكام القضاء / س ٢٩ / ص ٧٥٥ ٠

[8] على أن استخلاص نية إنشاء الالتزام مسألة موضوعية باختلاف الظروف ولا يكفى فى ذلك الاعتداد بالصفة المجانية للالتزام ٠ فدعوة صديق لتناول الغذاء لا تنشىء أي التزام قانوني لكنها تكون كذلك إذا تعهد بها صاحب العمل للعامل فى عقد العمل فتصبح جزءاً لا يتجزأ من أجر الأخير ٠ انظر سمير تناغو ونبيل سعد – النظرية العامة للالتزام /١٩٩٣ / ص ١٩ ٠

الباب الأول - العقد

تمهيد وتقسيم :

العقد على ما أكدته محكمتنا العليا ، كل اتفاق يراد به إحداث أثر قانوني [9] وهو صورة من التصرف القانوني ، وفيه تتجه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني ويتم هذا الأثر نتيجة مباشرة لاتجاه الإرادة إليه .

والمعنى أن الأثر القانوني فى العقد يترتب بناء على توافق إرادتى المتعاقدين وهو بذلك يختلف عن التصرف القانوني بالإرادة المنفردة ، كما هو الحال فى الوعد بجائزة الموجه للجمهور ، والوصية

كما يختلف عن التصرف القانوني الجماعي ، وفيه تترتب حقوق والتزامات لأطراف غير متعاقدة مباشرة ، بما فى ذلك عقد العمل الجماعي مثلاً حيث ينعقد بين نقابة عمالية ، وأصحاب العمل ، ويرتب حقوقا والتزامات على العمال ، وهم ليسوا طرفا مباشرا فيه وتنقسم العقود إلى أقسام شتى بحسب الزاوية التي ينظر إليها فى كل قسم .

كذا ، فالعقد نفسه لا يقوم بغير أركان ثلاثة ، إذا توافرت يترتب آثاره فى مواجهة عاقديه .

وأخيراً ، فالعقد ينقضي بتنفيذه ، أو بدون تنفيذ بالفسخ ، أو بالإنفساخ ، أو بالدفع بعدم التنفيذ .

ونعرض بداية لأركان العقد فى فصل أول ثم لآثار العقد فى فصل ثانى

ونخصص الفصل الثالث لانحلال العقود ولكننا نقدم لذلك بفصل تمهيدي عن تعريف العقد، وأقسامه، ومبدأ سلطان الإرادة .

---

[9] فى أحكامها المتعددة ، مثلا نقض ١٤ مارس ١٩٧٩ / أحكام النقض / ص ٧٨٦ .

فصل تمهيدي

ماهية العقد – تقسيمات العقود – مبدأ سلطان الإرادة

المطلب الأول: تعريف العقد

العقد فيما رأينا توافق إرادتى المتعاقدين على إحداث أثر قانوني معين قد يكون هذا الأثر هو إنشاء التزام ، أو تعديله أو نقله أو حوالته أو انقضائه ٠

والعقد لا يكون كذلك إلا إذا كان تعبيرا عن اتفاق بين طرفيه، أي بإيجاب وقبول مطابق ٠ فإن كان التصرف القانوني بإرادة الشخص المنفردة كالوصية مثلاً، أو الوعد بجائزة الموجه للجمهور، لا يسمى عقداً وإنما تصرف بالإرادة المنفردة ٠

وعليه ، أكدت محكمتنا العليا ، بأن إسباغ وصف المتعاقد إنما ينصرف إلى من يفصح عن إرادة متطابقة مع إرادة أخرى على إنشاء التزام ، أو نقله ، أو تعديله أو زواله فى خصوص موضوع معين يحدد العقد نطاقه [10] ٠

والمهم أن تتجه الإرادة إلى ترتيب أثر قانوني ، يلزم أصحابه ، ولذا لا نكون بصدد عقد فى اتفاقات الشرف ، وأعمال المجاملات بما فى ذلك مثلاً دعوة شخص صديقه إلى نقله بالمجان بسيارته أو دعوته لتناول الغذاء ٠٠٠ ونحو ذلك ٠

وقد كان ثمة تفرقة مهجورة فى الفقه الفرنسي بين العقد والاتفاق والثاني أعم من الأول ، فالاتفاق كل توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني أياً كان ٠ أي سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام " كعقد العمل – والمقاولة- والإيجار ٠٠٠ الخ " أو نقل التزام " كحوالة الحق ، أو حوالة الدين ، أو انقضاء الالتزام بما في ذلك الإبراء٠

---

[10] نقض ١٦ يناير ١٩٨٩ فيما أشار إليه الأهوانى / مرجع سابق / ص ١٩ / بند ٢١ ٠

أما العقد فهو الاتفاق الذى يقصد منه فقط إنشاء التزام ٠ وبذا لا تكون الحوالة عقدا ، ولا يكون الإبراء عقداً٠

وقد هجر الفقه الفرنسي التفرقة بين العقد والاتفاق ، لانعدام أهميتها العملية فأصبح العقد أو الاتفاق ، يقصد منه توافق الإرادتين على إحداث أثر قانوني قد يكون إنشاء رابطة قانونية ، أو تعديلها أو نقلها أو إنهائها ٠٠٠

فإذا انتهينا بأن العقد توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني معين فليس مهما بعد ذلك أن يتمثل الأثر القانوني فى نطاق الحقوق الشخصية أو فى نطاق الحقوق العينية ٠

إنما يثور التساؤل بصدد مدى انحسار العقد على روابط القانون الخاص ؟ ومدى انحسار العقد عن روابط الأحوال الشخصية ؟٠

ومبرر التساؤل الأول ، إجماع الفقه على أن نطاق العقد لا يجوز أن يمتد إلى روابط القانون العام ، فيما يسمى بالعقود الإدارية وهى عقود تختلف عن العقود المدنية ، حيث تكون بين شخص اعتباري من أشخاص القانون العام أي الدولة ، وما يتفرع عنها من الشخصيات الاعتبارية العامة ، وبين أشخاص أو جماعة والهدف من العقود الإدارية يختلف عن الهدف من العقود المدنية فالأولى تستهدف مصلحة عامة هى المحافظة على تسيير المرفق العام بانتظام وباضطراد ، ولذا لا يقوم فيها التوازن بين مصلحة المتعاقدين ، حيث تغلب دائما المصلحة العامة على المصلحة الخاصة للأفراد ٠ أما العقود المدنية فعلى عكس ذلك تبرم بين أشخاص القانون الخاص ، أو بين هؤلاء والدولة ، أو إحدى هيئاتها العامة بدون تدخل الدولة بما لها من السلطة والسيادة والأصل فى عقود القانون الخاص هو التوازن المقبول ، أو المعقول بين مصالح أطرافها ٠

ولعل التفرقة بين نوعى العقود تنهض مبرراً معقولا لتفسير الشروط غير المألوفة فى العقود الإدارية ، بما فى ذلك مثلا حق الإدارة فى فسخ العقد

الإداري بإرادتها المنفردة وحقها فى تعديل العقد ، بدون موافقة الطرف الآخر فضلا عن استقلال العقود الإدارية بقواعد خاصة في التفسير ٠
وإجمالا ، لا تنطبق القواعد العامة فى العقود المدنية فى مجال العقود الإدارية

ومع ذلك يظل العقد الإداري خاضعا فى إنشائه ، أو تكوينه وفى أركان انعقاده ، وشروط صحته للقواعد العامة فى العقود المدنية ٠
ويظل التساؤل عن انحسار نظرية العقد عن دائرة الأحوال الشخصية قائما وبعبارة أخرى هل تسمى العقود المتعلقة بالأسرة ، كالاتفاق على إبرام الزواج أو الحضانة أو غيرها عقوداً ؟ ٠

ومبرر التساؤل أن اتفاقات الأحوال الشخصية لا ترتب حقوقاً والتزامات مالية ٠ ومردود على ذلك بحجتين : الأولى ، أن الالتزامات الناشئة من العقود لا يشترط أن تكون ذات قيمة مالية ، ففرق بين العقد ، والالتزام ، ويمكن للأول أن ينشىء الالتزامات جميعا بما فيها الالتزامات التى ليس لها طابع مالى كما هو الحال فى نطاق الأحوال الشخصية ٠ أما الالتزام ذاته فيتعين أن يكون له قيمة مالية٠

وقد يحتج على ذلك ، بأن الاتفاقات فى روابط الأحوال الشخصية لا تسمى بالعقود لأن القانون هو الذى ينظم آثارها ٠بمعنى أن الزواج ينعقد بتوافق إرادة طرفيه ، لكن القانون بعد ذلك يتدخل فى تحديد آثار الزواج ، وبذا لا يصح أن يسمى عقداً، خصوصاً وقد انتهينا إلى أن الإرادة هى التى تنشىء العقد ، وتحدد آثاره ، ومردود على ذلك بأن القاعدة السابقة ليست مطلقة ، بل يقيدها اعتبارات النظام العام ٠ وتأكيدا لذلك ، وتفصيلا له ، فإن العامل عندما يبرم عقد العمل مع صاحب العمل ، إنما يتدخل القانون بعد ذلك لتحديد آثار العقد من حقوق والتزامات ، ولم يقل أحد بأن عقد العمل لذلك ليس عقداً ٠

كذا ، فالإيجار ينعقد باتفاق طرفيه " المؤجر والمستأجر إنما تترتب آثاره بعد ذلك بمقتضى القانون ، ولم يقل أحد بأن الإيجار ليس عقداً "[11] .

وعليه لا يكون تدخل المشرع لتحديد آثار الاتفاقات التى تبرم فى نطاق الأحوال الشخصية مبرراً لإلغاء وصف العقود على الاتفاقات المذكورة ، بل تظل خاضعة لأحكام العقود فى أركانها ، وشرائط صحتها .

[11] وقد زاد تدخل المشرع لتنظيم آثار الإيجار ، بعد حركة الجيش ١٩٥٢ وامتد التدخل التشريعي ليشمل عقود إيجار الأراضي الزراعية ، وقد بدأ التدخل التشريعي ينحسر بصورة تدريجية ، لما سببه من خسائر فادحة وتفصيلا أحمد الزقرد / الوجيز فى عقد الإيجار / ٢٠٠١ .

المطلب الثانى: تقسيم العقود

لما كانت الإرادة حرة فيما سنرى فى إنشاء الالتزامات ، وفى تحديد آثارها فيما لا يخالف النظام العام أو الآداب العامة ، إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة ٠

فإن ذلك يؤدى بالضرورة إلى تنوع العقود وهى أهم مصادر الالتزامات بحيث لا تقع تحت حصر ، إنما يمكن تقسيمها علميا أو منهجيا إلى تقسيمات عدة بحسب الأساس الذى يقوم عليه كل تقسيم ٠

فمن حيث مدى تدخل المشرع لتنظيم العقود ، هناك العقود المسماة ، وغير المسماة ٠ ومن حيث كيفية انعقادها ، تنقسم إلى عقود رضائية وغير رضائية ومن حيث طبيعتها تنقسم إلى عقود فورية ومستمرة ، وإلى عقود محددة واحتمالية وعقود إذعان ومساومة حرة ٠

ومن حيث آثارها تنقسم العقود إلى معاوضة ، وتبرع ، وعقود ملزمة للجانبين ، وملزمة لجانب واحد ٠

وتنقسم العقود من حيث صفة المتعاقد إلى عقود استهلاكية ومهنية، ومن حيث موضوعها إلى عقود أموال، وعقود خدمات، وتفصيل ذلك كالآتي : -

أولا- تقسيم العقود من حيث مدى التنظيم التشريعي : العقود المسماة وغير المسماة

- **العقود المسماة** هى التى خصها المشرع باسم معين ونظمها باعتبارها أكثر العقود شيوعاً فى العمل ٠ وهو تنظيم قصد منه ليس الحد من قدرة الأفراد على إنشاء عقود أخرى بل قصد منه تيسير تنظيم الأفراد لهذه العقود بقواعد مكملة أن رغب أطراف العقد الالتجاء إليها ، انطبقت ، وإن أرادوا خلاف ذلك لا تنطبق ٠

وقد ورد تنظيم العقود فى الكتاب الثاني من القانون المدني بعنوان " العقود المسماة " بما فى ذلك البيع والهبة والشركة والإيجار والمقاولة ، والوكالة

والتأمين والوديعة والعمل ٠٠٠ الخ فى المواد ٤١٨ إلى ٨٠١ مدني ، وبعضها يقع على الملكية بما فى ذلك البيع والهبة والشركة أو يقع على المنفعة مثل عقد الإيجار والعارية ومنها ما يرد على عمل الإنسان مثل عقد العمل، وعقد الوكالة وعقد الوديعة ٠

ومنها عقود التأمينات الشخصية مثل الكفالة، وعقود التأمينات العينية مثل الرهن بنوعيه وحق الاختصاص وحقوق الامتياز ٠

أما العقود غير المسماة فهي عقود لم يخصها المشرع باسم معين ولم ينظمها وهى لا تقع حصر فمنها مثلاً عقد النزول فى الفندق ، وعقد الرحلة وعقد النشر ، وعقد الإعلان وعقود التجارة الدولية ، بما فيها الفرنشايز وعقد التمويل التجاري وعقود الـ B.O.T ٠٠٠ وعقد الإيجار التمويلي وعقد التوريد والمتأمل فى طائفة العقود غير المسماة يرى بداية بأنها فى تطور مستمر مادام أن الإرادة حرة فى إنشاء الالتزامات ، فى حدود النظام العام والآداب العامة ولم ينظمها المشرع حتى بقواعد مكملة لعدم انتشارها

ثانيا ، أن بعضها قد يصبح من الأهمية والانتشار ما يوجب على المشرع تنظيمه وقد حدث ذلك فعلا بخصوص عقد التأمين فلم يكن المشرع المصري ينظمه قبل صدور القانون المدني ١٩٤٩ ثم أورد تنظيما مفصلا له بالقانون المدني فخرج بذلك من زمرة العقود غير المسماة إلى العقود المسماة ٠

ثانيا - تقسيم العقود بحسب كيفية انعقادها : العقود الرضائية ، والشكلية والعينية

العقود الرضائية هى العقود التى يكفى لانعقادها توافق الإرادتين " أي الإيجاب والقبول " ٠

والأصل فى القانون المصري هو كفاية الرضائية لانعقاد العقد فتنص المادة ٨٩ مدني " يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين "[١٢]

ويرد على قاعدة الرضائية استثناءات تتمثل فى وجود عقود شكلية ، وعقود عينية ٠ يؤكدها ما ورد بنص المادة السابقة بقولها مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقود " ٠

والعقد الشكلي بعكس الرضائى ، لا يكفى لانعقاده توافق الإرادتين بل يلزم- فوق لك – أن يتم التعبير عن الإرادتين فى شكل معين هذا الشكل ليس وسيلة لإثبات العقد ، بل هو ركن من أركان انعقاده بحيث إذا تخلف الشكل لا ينعقد العقد ٠ ومبرر العقود الشكلية ، أنها تشتمل على موضوعات خطرة ، ويقصد المشرع حماية المتعاقد من هذه الخطورة بتقرير شكلية معينة ، إلى أن يتخذها يتوفر له الوقت للتأمل فيها ، وتدبر أموره ٠ من ذلك مثلا عقد الرهن الرسمي حيث ينبغي أن يكون بورقة رسمية وإلا وقع باطلا م ١٠٣١ / ١ مدني ٠

والهبة ينبغي أخذا من نص المادة ١/٤٨٨ مدني أن تكون بورقة رسمية وإلا كانت باطلة ٠

---

[12] ونصت المادة ٩٠ مدني على أن التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفا ، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا فى دلالته على حقيقة المقصود ٠٠٠ ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا ، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا ٠ فالمبدأ أن توافق الإيجاب والقبول كاف لانعقاد العقد إنما لا يهم بعد ذلك طريقة التعبير عنها ٠

والمتأمل فى عبارة النصين يرى أن المشرع قصد من الشكلية فى العقدين حماية المدين الراهن ، وحماية الواهب ، بتقرير أن يكون الرهن رسميا والهبة رسمية ، وفيها يجب أن يبرم العقد أمام موظف عام مختص بذلك يسمى الموثق

ولنا على الشكلية ملاحظات ثلاث :

الأولى :أن الرسمية ليست الصورة الوحيدة للشكلية فقد يكتفي المشرع بالكتابة العرفية لانعقاد العقد دون استلزام الرسمية يقطع بذلك ما ورد بنص المادة ٥٠٧ مدني بأنه يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا وقع باطلا ٠

وبعبارة أخرى فإن الشكلية التى يشترطها المشرع لانعقاد بعض العقود تنحصر فى الكتابة ، وليس من المهم بعد ذلك أن تكون الكتابة رسمية كما فى الرهن الرسمي ، والهبة ، أو عرفية كما فى عقد الشركة إنما إذا تخلف الشكل فى الصورتين لا ينعقد العقد ٠

والثانية: أنه يتعين التفرقة بين الشكل اللازم لانعقاد العقد بالمعنى السابق وبين اشتراط المشرع إجراء معين لترتيب أثر من آثار العقد ٠ ومثاله، أن البيع العقاري لا يترتب أثره من حيث نقل الملكية إلا بالتسجيل ٠ أى أن البيع ينعقد بتراضي طرفيه، إنما يتراخى نقل الملكية إلى حين قيام البائع بتسجيل البيع العقاري ففي الحالة الأولى، لا ينعقد العقد أصلا إذا تخلف الشكل ٠ وفى الثانية ينعقد العقد صحيحا، إنما لا يرتب أثره إلا بعد القيام بالإجراء الذى اشترطه المشرع لترتيب هذا الأثر ٠

وإذا كانت الشكلية التى يتطلبها المشرع تنحصر على ما رأينا فى الكتابة سواء كانت رسمية أو عرفية فإنه يتعين التفرقة بين الكتابة المتطلبة لإثبات العقد [١٣] ٠ والكتابة اللازمة لانعقاده، والأولى لا تقلب العقد من رضائي إلى

---

[13] بما فى ذلك مثلا التصرفات التى تزيد قيمتها على نصاب الشهادة وهو خمسمائة جنيه – م ١/٦٠ من قانون الإثبات المعدل

شكلى وتخلفها لا يمس بقواعد انعقاد العقد وإن صعب إقامة الدليل عليه قضاءً فيما الثانية تدخل العقد فى زمرة العقود الشكلية بحيث يترتب على تخلفها عدم انعقاد العقد ٠

أما الملاحظة الأخيرة ، فهي أنه فى كل حالة يستلزم فيها المشرع شكلا معينا لإبرام العقد ، فإنه يجب أن يتوفر هذا الشكل فى الوعد بإبرام العقد ، وفى التوكيل به ٠ وعلى الأولى نصت المادة ٢/١٠١مدني إذا اشترط القانون لإتمام العقد استيفاء شكل معين ،فهذا الشكل تجب مراعاته أيضا فى الاتفاق الذى يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد ٠

وعلى الثانية نصت المادة ٧٠٠ مدني بأنه يجب أن يتوافر فى الوكالة الشكل الواجب توافره فى العمل القانوني الذى يكون محل الوكالة ٠

والمعنى أ ن الوعد بإبرام العقد الشكلي يجب أن يكون شكليا وإلا وقع باطلا والتوكيل بالعقد الشكلي ينبغي أن يكون شكليا وإلا وقع باطلا ٠

ونلفت النظر بأن اشتراط الشكلية لانعقاد العقد يتم بنص القانون كما هو الحال بخصوص الرهن الرسمي والهبة أو باتفاق الطرفين بما فى ذلك مثلا اتفاق أطراف البيع فى العقد الإبتدائى ، بأن يتم التعاقد النهائي بالكتابة ٠ وفى هذه الحالة ينقلب عقد البيع الرضائى إلى عقد شكلى ، باشتراط طرفيه أن يكون مكتوبا شريطة أن يتضح قصد المتعاقدين من اشتراطهما الكتابة فإذا لم يعرف قصد المتعاقدين بدقة من استلزام الشكل الذي يتطلبانه، فهل هو شرط لانعقاد العقد أو لإثباته تعين تفسير العبارة على الثانى اعتبارا بأن القاعدة العامة رضائية العقود وعلى أية حال فهى مسألة يترك تقديرها لمحكمة الموضوع ٠

٢- **أما العقود العينية** ، فلا يكفى لانعقادها التراضي ولا يلزم أن يتوافر لها شكل معين لانعقادها ، بل يلزم فوق ذلك تسليم الشىء محل التعاقد ومثالها فى

القانون المصري هبة المنقول ، إعمالا لنص المادة ٢/٤٨٨ يجوز فى المنقول أن تتم الهبة بالقبض دون حاجة إلى ورقة رسمية ٠أى لا تقوم الوجهة إلا إذا تم القبض٠

ثالثا: تقسيم العقود من حيث موضوعها:

رأينا بأن العقود من حيث موضوعها تنقسم إلى عقود محددة واحتمالية وعقود فورية ومستمرة وعقود إذعان ومساومة حرة ٠

أ- العقود المحددة والاحتمالية:

العقد المحدد هو الذى يعرف فيه عاقديه مقدار ما يأخذ وما يعطى وقت إبرام العقد أما العقد الاحتمالي فهو على عكس ذلك لا يعرف فيه عاقديه مدى الغنم أو الغرم وقت انعقاد العقد ومثال العقود المحددة، عقد البيع بثمن محدد، وعقد الإيجار، وعقد العمل، وعقد القرض وعقد المقاولة ٠

ومثال العقود الاحتمالية ، عقد التأمين وفيه لا يعرف أطرافه وقت انعقاده " أن الخطر المؤمن منه سيقع أم لا ، مثل التأمين ضد الحريق وحتى إذا تأكد وقوع الخطر فلا يعرف تاريخه مثل التأمين على الحياة لحال الوفاة ٠ وفى الحالتين لا تكون حقوق والتزامات الأطراف محددة وقت انعقاد العقد ٠

٣. وقد يكون العقد احتماليا بطبيعته مثل عقد التأمين وقد يكون كذلك اعتبارا لإرادة المتعاقدين ٠ والمعنى أنه قد يكون العقد محددا بطبيعته وينقلب بإرادة عاقديه إلى احتمالي بما فى ذلك مثلا ، عقد البيع بثمن محدد يمكن أن يصبح عقدا احتماليا إذا كان الثمن هو إيراد مرتب لمدى حياة البائع ، حيث لا يعرف مدى حياة البائع وقت انعقاد العقد فيصبح احتماليًا ٠

٤. وإنما يثور التساؤل عن أهمية التمييز بين أهمية العقود المحددة والاحتمالية ؟ ٠

ونسارع بالتنويه بمسائل ثلاث الأولى ،أنه حيث يكون العقد احتماليا بطبيعته ، أو بقصد عاقديه ، ثم يتبين أن الاحتمال غير موجود فإن العقد لا ينعقد • ويضرب الفقه مثلا على ذلك بعقد التأمين بمقابل أقساط محددة على تغطية مخاطر معينة •

والخطر محل التأمين أمر احتمالي ، فإذا تبين بأن الخطر المؤمن منه قد وقع فعلا وقت إبرام عقد التأمين ،انتفى وجود ركن الخطر وبالتالي لا ينشأ العقد • وعليه يقع التأمين على الخطر الظني باطلا ، ويقصد منه الخطر الذى وقع بالفعل وقت إبرام عقد التأمين ولم يعلم به كل من المتعاقدين أو أحدهما •

وكان قد ورد نص بالمشروع التمهيدي للقانون المدني يقضى ببطلان عقد التأمين إذا تبين أن الخطر المؤمن منه قد زال أو كان قد تحقق فى الوقت الذى تم فيه التعاقد وكان أحد الطرفين على الأقل عالما بذلك • وحذف النص فى لجنة المراجعة ، بحيث جاءت نصوص القانون خالية من نص بهذا الخصوص • وأجمع الفقه والقضاء على بطلان التأمين من الخطر الظني ، لتخلف عنصر الاحتمال وهو ركن التأمين ، وأساسه الجوهرى •

- والمسألة الثانية أن الطعن فى العقد بسبب الغبن لا يكون إلا فى العقود المحددة اعتبارا بأن الغبن Lesion هو عدم التعادل بين الأداءات المتبادلة بين المتعاقدين وقت إبرام العقد إذا وصل إلى نسبة محددة ، وتقدير هذه الأداءات لا يكون إلا فى عقد يعلم أطرافه وقت انعقاده مقدار ما يأخذ ومقدار ما يعطى ، وبذا لا يكون الغبن إلا فى العقود المحددة •

وتأكيدا لذلك وتفصيلا له ورد بنص المادة ٤٢٥ مدني بأنه إذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية ، وكان فى البيع غبن يزيد على الخمس فللبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل •

وأخيرا لا تنطبق نظرية الظروف الطارئة على العقود الاحتمالية ، كما أن هذه العقود لا تخضع لقواعد حماية المستهلك [١٤] ٠

ب- العقود الفورية، والمستمرة

١- تنقسم العقود بالنظر إلى زمن تنفيذها إلى عقود فورية وعقود مستمرة والأولى ترتب فى ذمة طرفيها التزامات لا تستغرق زمنا ، والثانية على العكس ترتب فى ذمة طرفيها التزامات لا تنفذ دفعة واحدة ، أو يتكرر تنفيذها عدة مرات أى وبعبارة أخرى يفصل فيها الزمن بين وقت انعقاد العقد وبين تنفيذه أن الزمن عنصر عرضي فى العقود الفورية ، وجوهري فى عقود المدة ٠

٢- ومثال العقود الفورية عقد البيع الذى لا ينشىء بين طرفيه علاقة قانونية ممتدة بطبيعتها ، ولا يغير من ذلك أن يؤجل أحد عاقديه التزامه إلى أجل لاحق ٠ كالبيع بثمن يدفع على أقساط يعتبر مع ذلك من العقود الفورية، ذلك أن الزمن المؤجل عليه دفع الأقساط عنصر عرضي لا يؤثر فى مقدار الالتزام فالتنفيذ فوري ، وإن تأجل الموعد ٠

٣- أما العقود المستمرة، فتكون التزامات الأطراف فيها ممتدة التنفيذ، أو متكررة التنفيذ ٠

٤- ومثال الأولى ، عقد الإيجار والمقاولة ، والعمل ، والتأمين وفيها يكون الأداء نفسه غير متصور إلا إذا كان ممتداً فى الزمان ويسمى عندئذ بالعقد المستمر فى التنفيذ ٠

٥- وفى الثانية يظل العقد مستمرا حتى ولو نفذ دفعة واحدة، ولكن يتكرر تنفيذها باتفاق الأطراف على ذلك، مثال ذلك عقد التوريد، ويسمى

---

[14] فيما نورد تفصيله لاحقا

بالعقد دوري التنفيذ لأنه ينفذ دفعة واحدة إنما على مرات دورية أو متكررة ٠

٦- ويترتب على التمييز بين نوعى العقود الفورية والمستمرة نتائج خمس هى :

١. **من حيث الجزاء المتعلق بتنفيذ العقد وانعقاده:**

المقصود بجزاء تنفيذ العقد ، هو الفسخ ويترتب على تخلف احد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه ٠ أما الجزاء المتعلق بانعقاد العقد فهو البطلان أو الإبطال ، وينشأ عن تخلف ركن من أركان انعقاد العقد ، أو شرط من شروط صحته ٠

وفى الفسخ ينحل العقد ، ويعود عاقديه إلى الحالة التى كانا عليها وقت انعقاده ويسهل إعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها وقت إبرام العقد فى العقود الفورية ٠ فإذا أبرم البيع ، مثلا وتخلف المشترى عن دفع الثمن أو عن دفع جزء منه ، أمكن للبائع طلب فسخ العقد واسترداد المبيع فيسهل على المشترى استرداد الثمن المدفوع أما إذا كان العقد مستمرا ، استحال إعمال الأثر الرجعى للفسخ ٠ فإذا أبرم إيجار لمدة عشر سنوات دفع فيه المستأجر الأجرة لمدة خمس سنوات ، وتخلف بعدها عن الوفاء بالأجرة ، فطلب المؤجر فسخ الإيجار ، وحكم له به فعلا فإنه يستحيل رد الانتفاع الذى تم ولذلك يقتصر أثر الفسخ فى العقود الزمنية على المستقبل لا على الماضى ذلك أن ما مضى من الزمن لا يمكن أن يعود ٠

أما فى البطلان أو الإبطال وهو فيما قدمنا الجزاء المترتب على تخلف قواعد انعقاد العقد أو شرائط صحته ٠ فيترتب عليه كذلك اعتبار العقد كأن لم يكن ، ويعاد عاقديه إلى الحالة التى كانا عليها وقت إبرامه ، فيما يسمى أيضا بالأثر الرجعى للبطلان وهو كسابقه لا يمكن إعماله فى العقود المستمرة أو

دورية التنفيذ ، ويسهل ذلك فقط في العقود الفورية ولذا ورد بنص المادة ١٤٢/١ مدني بأنه " في حالتي إبطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد وإذا كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل" ٠

٢ ـالعقود المستمرة أو دورية التنفيذ هي المجال الطبيعي لتطبيق نظرية الظروف الطارئة ٠

وتأكيدا لذلك وتفصيلا له فبعد أن نصت المادة ١٤٧ مدني على أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ،ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين ، أو للأسباب التي يقررها القانون تابعت ، ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها ، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي ، وإن لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك وانتهى الفقه إلى أن نظرية الظروف الطارئة لا تنطبق إلا على العقود متراخية التنفيذ حيث يفصل فيها الزمن بين الانعقاد والتنفيذ وهو ما يسمح بإمكانية تغير الظروف التي أبرم فيها العقد وليس الأمر كذلك في العقود الفورية ٠

٣ ـ ويقترب من النتيجة السابقة ، نتيجة أخرى ،مؤداها أن نظام وقف العقد ، لا يقع عادة إلا في دائرة العقود متراخية التنفيذ أي المستمرة ، أو دورية التنفيذ ٠ ويقصد بنظام وقف العقد ، أن يطرأ بعد إبرام العقد وقبل تمام تنفيذه قوة قاهرة يستحيل معها تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه لفترة مؤقتة لا ينقضي العقد بل يوقف تنفيذه مدة استحالة تنفيذه فيما

يسمى بنظام وقف تنفيذ العقد ومثاله وقف تنفيذ عقد العمل بسبب مرض العامل ، أو بسبب تعطل المنشأة الاقتصادية ٠

وعلى عكس ذلك لا ينطبق وقف تنفيذ العقد فى نطاق العقود الفورية ،فالقاعدة أنه إذا استحال على أحد المتعاقدين فى عقد فوري تنفيذ التزاماته لقوة قاهرة انفسخ العقد بقوة القانون مادة ١٥٩ مدني – حتى ولو كانت الاستحالة مؤقتة ما لم تحكم المحكمة بغير ذلك ، فيمكن عندئذ أن يوقف التنفيذ مؤقتا ٠

٤- لا ينطبق التجديد الضمني للعقود إلا فى دائرة عقود المدة إذا كانت مدتها محددة على خلاف العقود الفورية ٠

والتجديد الضمني ، اتفاق ضمني يستفاد من سكوت الطرفين ومثاله ، أن تنقضي المدة المحددة لعقد الإيجار ويبقى المستأجر منتفعا بالعين المؤجرة بعلم المؤجر ، ودون اعتراض منه ، وعندها يعتبر عقد الإيجار قد تجدد تجديدا ضمنيا بذات شروطه الأولى لمدة غير محددة ٠

٥- فى العقود الزمنية ، يجوز لأي من المتعاقدين إنهائها فى أي وقت دون أن يتوقف ذلك على رضاء الطرف الآخر وذلك على خلاف قاعدة الأثر الملزم للعقد بالمادة ١٤٧ /١ مدني ٠

والقول بغير ذلك يعنى أن ينقلب العقد الزمنى إلى قيد دائم على حرية الشخص خصوصا إذا تعنت الطرف الآخر أو رفض الموافقة على إنهاء العقد

لذا أجاز القانون لأي من الطرفين فى العقود الزمنية ، والفرض أنها لمدة غير محددة إنهاء العقد دون موافقة الطرف الآخر ، وتأكيدا لذلك وتفصيلا له ، نص المشرع بخصوص عقد العمل على أنه " إذا لم تعين مدة هذا العقد بالاتفاق أو بنوع العمل أو بالغرض منه جاز لكل من المتعاقدين أن يضع حدا لعلاقته مع الطرف الآخر ٠٠٠ م ٢/٦٩٤ مدني ٠ ولم تقيد ذلك إلا بإخطار يرسله الطرف

المنهى للطرف الآخر ، إنما دون أن يرقى أثر الأخطار إلى حد القول بأن عدم القيام به يعنى عدم إنهاء العقد ٠

وبخصوص عقد الإيجار غير المحدد المدة أجيز لأحد طرفيه التنبيه على الطرف الآخر بالإنهاء قبل انقضاء الفترة المحددة لدفع الأجرة، م ٥٦٣ مدني ٠

وفي التأمين على الحياة لحال الوفاة ، وهو غير محدد المدة ، يجوز للمؤمن له الذى التزم بدفع أقساط دورية أن يتحلل في أى وقت من العقد بإخطار كتابي يرسله إلى المؤمن قبل انتهاء الفترة الجارية ، وفى هذه الحالة تبرأ ذمته من الأقساط اللاحقة م ٧٥٩ مدني ٠

ج- عقود الإذعان وعقود المساومة الحرة:

الأصل أن العقود تنعقد بعد مفاوضات ومناقشات ومساومات يملكها كل من الطرفين ، وتسمى لذلك بعقود المساومة الحرة ، بما فى ذلك عقود البيع ، الإيجار ، والمقاولة ، حيث يملكِ كل من طرفي العقد حرية مناقشة شروط التعاقد ٠

أما عقود الإذعان فهى عقود يميزها أن أحد عاقديها يفرض شروطا على العاقد الآخر ، فلا يملك الآخر مناقشتها ، ولا المساومة فيها بل هو لا يملك إلا أن يقبلها كلها ، أو يرفضها بالكامل ٠ إنه لا يملك سوى الخضوع أو الإذعان لشرائط عامة فرضها الطرف الآخر بما فى ذلك مثلا عقد توريد التيار الكهربي وعقد التأمين وعقد توصيل المياه ، أو التليفون ٠ وعقد النقل بالسكك الحديدية أو بالطائرات وفيها لا يملك المتعاقد سوى الإذعان لما يضعه المتعاقد الآخر من شروط ٠

والإيجاب فى عقود الإذعان يصدر عادة من شخص فى مركز فني وإقتصادى أقوى من الطرف الآخر • وهو عادة إيجاب عام موجه للجمهور أما القبول فهو عبارة عن تسليم من الموجب له بشروط الموجب •

ولعل طبيعة عقود الإذعان وفيها تنعدم لدى أحد المتعاقدين حرية المناقشة ، أو لا المفاوضة هى التى دفعت بالبعض إلى إخراج عقود الإذعان من زمرة العقود لتعتبر بذلك محض مركز قانوني منظم هو أقرب إلى القانون أو اللائحة منه إلى العقد الذى يميزه عدم الإذعان •

ويحتج على ذلك بأن عقود الإذعان كغيرها تنعقد بتوافق إرادتين وكل تصرف قانوني تتجه فيه إرادة عاقديه لترتيب أثر قانوني معين هو عقد بصرف النظر عما إذا كان أحد المتعاقدين لا يمتلك حرية المنافسة أو المفاوضة فى الشرائط التى وضعها الموجب •

وقد اتجه المشرع المصري فى عقود الإذعان إلى أمرين : الأول أنه اعتبرها عقودا بالمعنى الصحيح فتنص المادة ١٠٠ مدني على أن القبول فى عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها •

والثاني أنه قرر حماية الطرف المذعن فيه بطريقين : الأول ، أنه إذا تم العقد بطريق الإذعان ، وكان قد تضمن شروطا تعسفية ، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط ، أو يعفى الطرف المذعن منها • ومثال الشروط التعسفية التى يمكن للقاضي تعديلها أن يضع الطرف القوى شروطا لإعفائه من المسئولية عن الإخلال بالعقد •

والطريق الثاني لحماية الطرف المذعن أن الشك فى عقود الإذعان يفسر دائما لمصلحة الطرف المذعن سواء كان دائنا أو مدينا وذلك خلافا للأصل المقرر فى العقود بتفسير الشك لمصلحة المدين •

رابعا: تقسيم العقود حيث أثرها:

تنقسم العقود من حيث أثرها إلى ملزمة للجانبين ، وملزمة لجانب واحد وإلى عقود معاوضة وعقود تبرع ٠

١ ـ العقود الملزمة للجانبين ، والملزمة لجانب واحد :

تنقسم العقود من حيث موضوعها إلى ملزمة للجانبين ، وملزمة لجانب واحد ، وفى الأولى تنشأ التزامات متقابلة على كل من الطرفين بحيث يكون كل منهما دائنا ، ومدينا فى ذات الوقت ، بما فى ذلك عقود الإيجار والبيع والوكالة بأجر والمقاولة والتأمين ٠٠٠

وفى العقود الملزمة لجانب واحد لا تنشأ سوى التزامات فى جانب واحد فقط من طرفيها ٠بحيث يكون أحدهما دائنا غير مدين والآخر مدينا غير دائن بما فى ذلك عقود الهبة ، والوديعة ، والوكالة بغير أجر ٠

والترابط بين التزامات المتعاقدين قوام العقود الملزمة للجانبين ويترتب عليه آثار ثلاثة لا تقوم فى العقود الملزمة لجانب واحد وهى :

الدفع بعدم التنفيذ ، والفسخ ، والإنفساخ [١٥] على ما نوضحه إيجازا فيما يلى:

ـ الدفع بعدم التنفيذ:

إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزام عليه، لم يكن له مطالبة المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه، فإن طلب ذلك، كان للأخير الدفع بعدم التنفيذ ٠ وبه يقف تنفيذ المدعى عليه لالتزامه إلى أن يقوم المدعى بالتنفيذ ٠

ـ الفسخ:

إذا تخلف أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه، كان للمتعاقد الآخر طلب فسخ العقد، وبه يسترد ما أداه ٠

---

[15] لاحقا / ص /

- تحمل التبعية:

إذا استحال على المتعاقد تنفيذ التزامه لسبب أجنبى لا يد له فيه انقضى الالتزام المقابل له وانفسخ العقد من تلقاء نفسه، وبذا تقع تبعة استحالة التنفيذ على المدين به في العقود الملزمة للجانبين أما في العقود الملزمة لجانب واحد، فإن الدائن يتحمل تبعة الاستحالة أى الخسارة الناشئة عنها ٠

٢- عقود المعاوضة ، وعقود التبرع :

المعاوضات هى العقود التى يأخذ فيها كل من المتعاقدين مقابلا لما أعطى بما فى ذلك مثلا ، عقود العمل ، والبيع ، والإيجار ، والتأمين، والوكالة والمقاولة٠

أما عقود التبرع فهى بخلاف ذلك عقود لا يأخذ فيها أحد المتعاقدين مقابلا لما أعطاه بما فى ذلك عقد الهبة ، والوصية والوديعة بغير أجر٠

والعبرة فى تكييف العقد بأنه معاوضة أو تبرع لا تكمن فقط فى وجود أو عدم وجود المقابل وإنما فى قصد المتعاقدين ٠ فمن يقدم قطعة أرض إلى الدولة لبناء مسجد لا يقوم بعمل من أعمال التبرع إن كان قصده الحقيقي الإفادة من تصقيع الأرض ،أى بزيادة قيمة بقية أرضه أو إذا كان قصده العمل على تحويل أرضه من زراعية إلى أرض صالحة للبناء عليها ٠ فإن كان قصده فعلا هو القصد والإحسان سمى العقد بأنه عقد تبرع ٠

وتبدو أهمية التمييز بين المعاوضات والتبرع من نواح خمس :

الأولى : أن ضمان الانتفاع بالشيء لا يكون إلا فى عقود المعاوضات بما فى ذلك مثلا ضمان البائع للمبيع وضمان المؤجر للعين المؤجرة ، أما فى عقود التبرع فلا يضمن فيها المتبرع شيئا ٠

والثانية : أن المشرع يشترط لمباشرة التبرع درجة من الأهلية أشد فى التبرعات منها فى المعاوضات ويقطع بذلك أن أهلية الصبي المميز تكفى

لصحة المعاوضة ، وليس الأمر كذلك فى التبرعات حيث يشترط فى التبرع أهلية الأداء الكاملة وتفسير ذلك أن المتبرع يجرى عملا يضره ضررا محضاً أما المعاوض فيقوم بعمل يدور بين النفع والضرر .

والثالثة : أنه فى مقابل ذلك فإن مسئولية المتبرع أخف من مسئولية المعاوض عن عدم تنفيذ العقد .

الرابعة : أن الطعن فى تصرف المدين بالدعوى البوليصية أيسر فى التبرعات مقارنة بالمعاوضات .ففى الأولى يلزم غش المدين وعلم المتصرف إليه بهذا الغش م ١/٢٣٨ مدني أما في الثانية فلا يلزم هذا الشرط .

وأخيرا فإنه يجوز الطعن على العقد بالبطلان النسبي للغلط فى شخص المتعاقد إذا كان العقد تبرعا ولا يكون الحكم كذلك فى عقود المعاوضات .

خامسا: تقسيم العقود من حيث موضوعها: عقود الأموال، وعقود الخدمات

من التقسيمات الحديثة التى يعرض لها الفقه المعاصر ، تقسيم العقود من حيث موضوعها إلى عقود تقع على الأموال ، وعقود أخرى محلها تقديم الخدمات .

والأولى ، تقع على أشياء مادية كالبيع ، والإيجار ، وغيرهما بينما تنصب الثانية على تقديم خدمات بما فى ذلك الأنشطة المهنية والتجارية مثل النقل والبنوك ، وعقود التظاهرات الفنية والثقافية ، وأنشطة أصحاب الأعمال الحرة ، كالمحامى والطبيب والمحاسب والمهندس وخدمات السياحة والسفر .

ومع ذلك فإن التفرقة بين عقود الأموال ، وعقود الخدمات ليست تفرقة حدية حتى عند القائلين بها فثمة بعض العقود كعقد الفديوسى La Fiducie ، وهو عقد ينقل بمقتضاه أحد المتعاقدين كل أو جزء من أمواله إلى شخص آخر يسمى

Fiducaire يتولى إدارتها بهدف تنميتها والحصول على أرباح لمالك الأموال ذاته ، أو لشخص معين يسمى المستفيد لقاء مقابل يتفق عليه فى العقد ٠

ولا يمكن القول بأن مثل هذا العقد من عقود الأموال ، أو من عقود الخدمات ٠ بل أنه وفقا للمعايير السابقة يقع عليهما معا فهو يقع على الأموال لأن صاحبها ينقلها إلى الشخص الآخر دون أن يعتبر ذلك بيعا ٠ وينصب على الخدمات لأن من يتولى إدارتها يقدم خدمات تتمثل فى نصائحه ، وتوجيهاته وخبرته أو نشاطه المهني لصاحب الأموال أو للمستفيد فهو خليط إذن من عقود الأموال والخدمات ٠

وفيما عدا الفرض السابق يمكن القول بوجود عقود أموال وعقود خدمات والتفرقة بينهما تكتسب أهمية خاصة من نواح عدة – خصوصا في القانون الفرنسي - أهمها:

١. أن التزامات البائع ومسئوليته المدنية، باعتبار البيع من عقود الأموال تختلف عن التزامات المقاول، أو مسئوليته المدنية بوصف المقاولة من عقود الخدمات ٠ ولعل هذا ما دفع البعض من الفقه إلى رفض اصطلاح بيع الخدمات حتى لا يطغى البيع على المقاولة ٠ولا نرى غرابة في ذلك فقد طغى عقد المقاولة على البيع، عندما طبق المشرع الفرنسي – بالمادة ١٧٩٢ مدني أحكام المقاولة على البيع وألزم بائع البناء أو الإنشاء بضمان سلامة المبنى أو الإنشاء ومتانته مدة عشر سنوات تبدأ من تاريخ تسلمه شأنه في ذلك شأن المقاول ولا مثيل لهذا النص بالقانون المصرى حيث أحكام الضمان العشرى لا تنصرف إلا إلى مقاولات المبانى والإنشاءات ٠ وأيا ما كان الأمر ، فإن تطبيق أحكام البيع على تقديم الخدمات يرتب التزامات مقدم الخدمة لكل

التزامات البائع فيما عدا وما يتعارض وطبيعة الخدمة المقدمة فلا تنطبق عليها التزامات البائع بضمان العيوب الخفية .

٢. أن العقود التى يتمثل محلها فى تقديم الخدمات لا تكون محلا لعقد إيجار لأن التزامات المدين بتقديم الخدمة إنما تنصب على الجهد البشرى أى على عمل الإنسان ، ولا يمكن كذلك أن تكون محلا لعقد بيع حتى وإن تحدث البعض مجازا عن بيع الخدمات .

٣. كذا ، فالمشرع الفرنسي ، يفرق فى شأن الاختصاص القضائي بين المنازعات الخاصة بعقود الخدمات ، وعقود الأموال . وفى الأولى بعكس الثانية ، يمكن أن ينعقد الاختصاص القضائي للمحكمة الواقع فى دائرتها مكان تنفيذ الخدمة [١٦].

وبرغم الاختلاف بين نوعى العقود ، فقد جمع المشرع الفرنسي بينهما فى مناسبات عدة ، ومن ذلك مثلا :

٤. أن القانون الصادر فى ٢٢ ديسمبر ١٩٧٢ الخاص بتنظيم بيوع الموطن أو المنزل

Vente a domicile بهدف حماية المشترى " المستهلك " من التسرع فى إبرام العقد يمتد نطاقه

ليشمل جميع العقود سواء كان محلها الأموال والخدمات .

٥. أن القانون الصادر فى ١٨ يناير ١٩٩٢ الخاص بإلزام المهني بإعلام غير المهنيين فى بيوع المسافات Vente a distance تنطبق أيضا على جميع البيوع سواء تعلقت بأموال ، أو بخدمات

٦. أن تحريم الإعلانات التجارية الكاذبة والمضللة ينطبق على جميع الرسائل الإعلانية سواء تعلقت بأموال "منقولات أو عقارات أو بتقديم

---

[16] م ٤٦ من قانون الإجراءات المدنية ، ولا مقابل له فى القانون المصري

خدمات "• كما أن التزام المهني بضمان سلامة المستهلك الوارد النص عليه بالمادة الأولى من قانون ٢١ يوليه ١٩٨٣ يشمل المنتجات ، وتقديم الخدمات •

٧. وعلى عكس ذلك فإن القانون الصادر فى ٦ يناير ١٩٨٨ الخاص بحماية المشترى من تسرعه فى الإقدام على التعاقد بمنحه مهلة لإعادة النظر فى البيع نفسه ، أو فى المبيع فى بيوع المسافات عموما ، وفى البيع بطريق التليفزيون بصفة خاصة لا ينطبق إلا إذا كان محل المبيع من الأموال•

سادسا:تقسيم العقود بالنظر إلى صفة المتعاقدين: عقود مهنية واستهلاكية •

من التقسيمات الحديثة التى أفرزها التطور الاقتصادي والاجتماعي تقسيم العقود بالنظر إلى صفة المتعاقد إلى عقود استهلاكية وعقود مهنية : والأولى ، يكون أحد طرفيها مستهلكا أما الثانية فهى التى تبرم بين المهنيين ، ويطلق عليها البعض وصف عقود المساواة Contrats Egalitaires تعبيرا عن التعادل الذى يقوم بين أطراف العقد •

والمستهلك فى الرأي الراجح ، كل شخص يكتسب مالا ، أو يطلب خدمة لغرض شخصي هو إشباع حاجاته ، وحاجات أسرته • وبذا يندرج تحت هذا الوصف من يشترى الغذاء ، أو الدواء ، ومن يستأجر منزلا لسكناه ، أو يطلب خدمات التأمين ، والعلاج ، وإصلاح السيارة ، والحصول على قرض شخصي ، أو خدمات السياحة والسفر ••• الخ •

أما المهني ، فهو كل شخص طبيعي ، أو اعتباري يكتسب مالا أو يطلب خدمة لغرض مهني ، بما فى ذلك الشراء لأجل البيع ، وإيجار المحل التجاري ، والحصول على قرض لتمويل مشروعه ، أو تطويره•

وقد اتخذت التفرقة بين المستهلك ، والمهني ، أساسا يقوم عليه ذلك الفرع الجديد من أفرع القانون المسمى بقانون الاستهلاك فقد رؤى أن المستهلك فى علاقته التعاقدية بالمهني يوجد فى موقف اقتصادي أو فني ضعيف ، بوصفه غير متخصص ، ولا يعلم شيئا عن المبيع ، فضلا عن وقوعه تحت تأثير الإعلانات التى يلجأ إليها المهني لتسويق السلع والخدمات وترويجها •

لهذه الأسباب وغيرها [17] ، نشأ بالولايات المتحدة ، وأوروبا قانون الاستهلاك لتنظيم العلاقة بين المهنيين والمستهلكين من ناحية ،وإعادة التوازن لهذه العلاقة التعاقدية من ناحية أخرى وذلك بتقرير حقوق المستهلكين ، تعتبر فى ذات الوقت التزامات تقع على عاتق المهنيين • بما فى ذلك الحق فى الحصول على جميع المعلومات الضرورية عن المبيع سواء أكان منتجا أو خدمة والحق فى الاختيار بين السلع والخدمات ، والحق فى الصحة والسلامة وحق جمعيات حماية المستهلك فى رفع الدعوى المدنية للمطالبة بإلغاء الشروط التعسفية بالنسبة للعقود التى تبرمُ بين المهنيين وغير المهنيين [18] •

---

17 بما لا يتسع المجال لذكره ، وانظر تفصيلا أستاذي كاليه اولوى – قانون الاستهلاك – ط ٣ – ١٩٩٢ ص ٣ وما بعدها •

18 وانظر : Luc Bihl في " التاريخ لحركة المستهلكين – ألف عام من الصراع " ط١٩٨٤ والدفاع عن المستهلك /١٩٨٩ –
وانظر Th. Calais- Auloy في نزع العقوبات عن قانون الأعمال دالوز ١٩٨٨/فقه/٣١٥ •

- **العقود المدنية والعقود الإدارية**

ثمة تقسيم آخر للعقود – مضى عليه وقت ليس ببعيد ، هو تقسيم العقود إلى عقود إدارية، وعقود مدنية – وأصل التقسيم نشأه القضاء الإدارى الفرنسى ، وتوزيع الاختصاصات في شأن العقود عامة بين القضاء الإدارى، والقضاء العادى .

وكان معيار الاختصاص بداية فكرة عمل السطة ومفادها أنه إذا قامت الإدارة بالعمل بوصفها صاحبة السلطة والسيادة اعتبر العمل إداريا، وكان المختص بنظره ، القضاء الإدارى بما في ذلك الإستيلاء المؤقت على العقارات للمنفعة العامة، ونزع الملكية وفرض الضرائب وما إلى ذلك . فإذا صدر عمل الإدارة، بوصفها شخصاً عادياً اعتبر العمل مدنياً، وخضع للقضاء العادى، بما في ذلك التجاء الإدارى لمقاول لبناء مدرسة وبيع أو إيجار مال مملوك للدولة ملكية خاصة.

- وفى مرحلة ثانية، بدأ القضاء في فرنسا يخضع بعض العقود التى تبرمها جهة الإدارة للقضاء الإدارى وأهمها عقود الأشغال العامة، ثم توسع مجلس الدولة فى ذلك إلى أن انتهى بأن العقد الإدارى عقد تبرمه الإدارة لأجل تسيير أو تنظيم مرفق عام .

وفى مصر، نص قانون مجلس الدولة ١٩٧٢/٤٧ على اختصاص مجلس الدولة وحده بنظر المنازعات المتعلقة بأى عقد إدارى .

وانتهى التطور إلى أن العقد لا يكون إداريا وبالتالى يدخل في اختصاص القضاء الإدارى إلا إذا توفرت عناصر ثلاثة: الأول أن تكون الإدارة طرفا فيه ، والثانى أن يكون غايته تنظيم أو تسيير مرفق عام ويجب أخيرا أن يتضمن العقد وسائل القانون العام في تنفيذه، بما في ذلك أن تستقل الإدارة وحدها بحقوق وامتيازات لا نظير لها في العقود المدنية بما في ذلك أن تخول المتعاقد

سلطات استثنائية في مواجهة الغير، أو أن يشترك المتعاقد مع الإدارة في تسيير المرفق العام ٠

وأهميـة التفرقـة بـين العقـد الإدارى والعقـد المـدني لا تقـف عنـد قاعـدة الاختصاص القضائى بل تمتد إلى أن القضـاء الإدارى قضـاء بريتـورى ، أى لا يلتـزم بـالتطبيق الصـارم للقـانون إن دعـت إلـى ذلـك المصـلحة العامـة بعكس القضاء العادى [١٩] ٠

كذا ، فالقاضى الإدارى لا تثبت له رخصة تخفيض مقدار الشرط الجزائى عند مخالفة المتعاقد مع الإداره لالتزامه كما هو الحال بالنسبة للقاضى العادى إعمالا لنص المادة ٢٢٤ مدني ٠

[19] فالقاضى الإدارى لا يقف دوره عند مجرد تطبيق النصوص بطريقة آلية محضة ، لكن يتمتع بقدر من الحرية في تفسير النصوص التشريعية وتحديد مدى انطباقها على الحالة المعروضة أمامه، وتحليل عناصر هذه الحالة واقعيا ٠٠٠ثروت بدوى القانون الإدارى/ ١٩٧٤/ ص ١٠٣ وبعدها

المطلب الثالث- مبدأ سلطان الإرادة

Principiple de L'auitonomie de la Volonte`

لا يمكن لأحد أن يعرض للنظرية العامة للعقد دون أن يتناول أحد أهم المبادىء التي تؤثر فيها ، وهو مبدأ سلطان الإرادة ٠

ويقوم المبدأ على مسألة فلسفية مفادها أن استقلال الفرد وحريته لا يمكن أن تقيد إلا بموجب إرادة الفرد نفسه ، وأن الاتفاق الحر أفضل قاعدة تحكم علاقة الأفراد ٠ وقد انعكس تأثير المبدأ فلسفيا على المجال القانوني من نواح أخصها الحرية التعاقدية التى تمثلت أساسا فى كفاية التراضي لانعقاد العقد ، بحيث لا يلزم لانعقاده اتخاذ أي شكل معين إلا على سبيل الاستثناء ٠

وقد تكرس ذلك بنص المادة ١١٣٤ مدني فرنسى بأن الاتفاقات التى تبرم على وجه شرعي تقوم مقام القانون بالنسبة لعاقديها[20] كما ورد النص عليه بالمادة ١/١٤٧ مدني مصري بقولها " أن العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التى يقررها القانون ٠

أما الأثر الثاني لمبدأ سلطان الإرادة على العقد فيتمثل فى حرية المتعاقدين فى التعاقد أو عدم التعاقد ٠ وهو أمر يرتبط بالأثر الأول ، فإذا كانت القاعدة هى الرضائية ، فإنه يجب تكملتها بقاعدة أخرى تقوم على عدم إلزام الشخص بالتعاقد رغما عنه ولذا ، فإن الإرادة المعيبة لا تلزم صاحبها ٠

كذا فالأفراد أحرار فى إبرام عقودهم وذلك فى حدود النظام العام والآداب العامة ٠

وإذا كان للأفراد الحرية فى إنشاء العقود ، فإن لهم كذلك حرية تحديد آثارها ، وهذا هو الأثر الثالث لمبدأ سلطان الإرادة ، وإن تخفف منه المشرع فى

---

[20] مازو / الالتزامات / ط ٣ / ص ٨٧ وما بعدها

حالات عدة بما فى ذلك مثلا منح القاضي فى الظروف الطارئة ، الحق فى إعادة النظر فى التزامات المتعاقدين – م ٢/١٤٧ مدني ٠

وإعطاء القاضي سلطة تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية فى عقود الإذعان م ١٤٩ / مدني ٠

وتنظيم بعض العقود تنظيما آمرا ، بحيث تتحدد آثارها بنص القانون لا باتفاق طرفيها ، بما فى ذلك مثلا عقد العمل ، وعقد التأمين ، وعقد الإيجار ٠

- وقد يتجه المشرع حماية لمصلحة الجماعة إلى الحد من دور الإرادة في ترتيب الآثار القانونية للتصرفات بما في ذلك مثلا، النص على أن الملكية وغيرها من الحقوق العينية العقارية لا تنتقل ولا تتغير ولا تزول بمجرد التصرفات التى تبرم بين الأشخاص، بل يلزم لذلك اتخاذ إجراء آخر هو الشهر بالنسبة للحقوق العينية الأصلية، والقيد بالنسبة للحقوق العينية التبعية٠ ولا شك بأن تقييد سلطان الإرادة ٠ في هذا الصدد يبرره توفير الثقة والائتمان فى شأن العقارات ٠

- وإجمالا فثمة قيود تحد من كفاية الإرادة فى ذاتها لإنشاء التصرف القانونى بما في ذلك جميع التصرفات الشكلية وفيها لا يكفى الرضا بذاته لإنشاء التصرف بل يجب أن يجيء الرضا في شكل محدد يرسمه القانون ٠ وثمة قيود أخرى تنصب على ترتيب الآثار التى تتولد عن التصرف ، بهدف حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية بما في ذلك عقود العمل، وعقود الإذعان

الفصل الأول - إبرام العقد

تمهيد، وتقسيم

لما كان العقد توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني معين وكان التراضي فيما رأينا قوام العقد وجوهره فيجب أن يكون كل من طرفي العقد متمتعا بالأهلية اللازمة ٠

ومن ناحية ثانية فإن توافق الإرادتين قد يتجه إلى إنشاء التزام أو تعديله ، أو نقله أو زواله ، وعليه ينبغي أن يكون لكل التزام محله الذى يقع عليه ، فيما يعرف بمحل العقد ، وهذا هو الركن الثاني لانعقاده ٠ وأخيرا ، فاتجاه الإرادة ينبغي أن يكون مقيدا بغاية مشروعة ، وإلا عد العقد باطلا بطلانا مطلقا وهذا هو سبب العقد ٠

أركان العقود إذن ثلاثة هى التراضي ، والمحل ، والسبب [21] والجزاء المترتب على تخلف واحد منها البطلان المطلق ٠

ولا يقف الأمر عند ذلك وإنما يلزم لقيام العقد صحيحا توافر شرائط معينة بدونها يقوم العقد ، ولكنه يكون غير صحيح ، فيما يعرف بشروط صحة العقد وهى ألا يبرم العقد ناقص أهلية ، وعدم وجود عيب من عيوب الإرادة ٠ فإن تخلف واحد منها ، اعتبر العقد باطلا بطلانا نسبيا ٠ وبذا ، فالفرق بين البطلان المطلق والبطلان النسبي ، هو الفرق بين جزاء تخلف أركان العقد وشروط صحته ٠

وسوف نعرض بداية لأركان العقد ، ثم لشروط صحته ، ثم للجزاء المترتب على قواعد الانعقاد ، وشرائط الصحة ٠

---

[21] وقد يستلزم القانون شكلية معينة لانعقاد العقود، وعندها لا ينعقد بدون توافر الشكلية المطلوبة، وقد ضربنا مثلا على ذلك بعقد الرهن الرسمي، وعقد الهبة، وعقد الشركة ٠ وفى الأول والثاني يجب توافر الرسمية، وفى الثالث يتعين توافر الكتابة بدون رسمية ٠

المبحث الأول- أركان العقد

- لا ينعقد العقد إلا إذا توافرت أركانه الثلاثة ، الرضا ، والمحل ، والسبب فإن تخلف ركن منها فإن العقد لا ينعقد ونعرض لكل ركن فى مبحث مستقل .

المطلب الأول - التراضى

Le Consentement

التراضي فيما قدمنا قوام العقد وجوهره بدونه لا ينعقد . وإذا كان التراضي هو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني معين . فالمعنى أن التراضي لا يوجد إلا ذا تم التعبير عن الإرادة صراحة أو ضمنا فإذا تخلف التعبير عن الإرادة عن حقيقة الإرادة نفسها فإن التساؤل هل يعتد بالإرادة الظاهرة ، أم بالإرادة الباطنة ؟

وفى كل الحالات فإن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إلا من التاريخ الذى يتصل فيه بعلم المتعاقد الآخر ، وبذا يثور التساؤل عن أثر الموت ، أو فقد الأهلية فى التعبير عن الإرادة ؟

ولا يكفى لوجود الرضا ، مجرد التعبير عن الإرادة ، أو إعلام الطرف الآخر بها بل يلزم تطابق الإرادتين ، أي توافق الإيجاب والقبول وهذا هو توافق الإرادتين .

وبالرغم أن الرضا قوام العقد ، فثمة بعض صور خاصة للتراضي تستأهل دراسة خاصة بما فيها النيابة فى التعاقد ، والوعد بالتعاقد ، والتعاقد بالعربون ، وبالإذعان وبالمزايدة .

ومن المسلم به أن وجود التراضي يكفى لانعقاد العقود إلا أنه ينبغي أن يصدر من شخص غير ناقص الأهلية وأن يكون خاليا من عيوب الإرادة حتى

ينعقد العقد صحيحا ، وسوف نعرض بداية لوجود التراضي مطلب أول ثم لصحة التراضى فى مطلب ثانى ٠

المطلب الأول - وجود التراضي

قدمنا بأن الإرادة لا تنتج أثرها فى تكوين العقد إلا إذا تم التعبير عنها ٠ ثم يتم اقتران إرادة المتعاقدين ٠

وثمة بعض صور خاصة من التراضي يتم فيها انعقاد العقود بالنيابة، أو بالمزايدة، أو بالعربون، أو بالإذعان، أو بالوعد بالتعاقد ٠

ونعرض بداية للتعبير عن الإرادة ثم توافق الإرادتين ، وأخيراً للصور الخاصة فى التراضي ٠

الفرع الأول- التعبير عن الإرادة

لا معنى للقول بوجود التراضي إذا لم يتم التعبير عنه ، فالتعبير عن الإرادة هو المظهر الذى تظهر به الإرادة إلى العالم الخارجي [٢٢] ٠

ولا يهم بعد ذلك أن يكون التعبير عن الإرادة صريحا ، أو ضمنيا ما لم يشترط المشرع فى بعض الحالات التعبير الصريح ، لكن التساؤل يثور بصدد اختلاف التعبير عن الإرادة عن حقيقة الإرادة ذاتها هل يعتد عندئذ بالإرادة الظاهرة ، أم بالإرادة الباطنة ؟٠

ولا معنى لتعبير عن الإرادة ما لم يتصل بعلم المتعاقد الآخر ،وأخيرا فإن التساؤل يقوم بصدد أثر الموت ، وفقد الأهلية فى التعبير عن الإرادة ٠

وترتيبا على ذلك نعرض بداية لطرق التعبير عن الإرادة ، ثم لاختلاف التعبير عن الإرادة ، ثم لإعلام التعبير عن الإرادة ، وأخيرا أثر الموت ، وفقد الأهلية فى التعبير عن الإرادة ٠

---

[22] البداروى ص ١٧٢ / بند ١٢٤ ٠

المحور الأول- طرق التعبير عن الإرادة

*** نص قانوني وتعليق :**

تنص المادة ٩٠ مدني على أن التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا فى دلالته على حقيقة المقصود ٠

ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا .

صورتان إذن للتعبير عن الإرادة: الصريح، والضمني ٠

والتعبير الصريح يكشف عن حقيقة الإرادة بحسب المألوف بين الناس ، وقد يكون بالألفاظ كما هو الغالب عملا بما فيها ألفاظ البيع ، والإيجار ، والمقاولة للدلالة على هذه المعاني ٠

وقد يكون التعبير عن الإرادة بالكتابة سواء كانت عرفية ، أو رسمية ، وسواء كانت مطبوعة أو بخط اليد ٠

وقد يقع التعبير عن الإرادة بالإشارة المتداولة عرفا بما فى ذلك هز الرأس أفقيا أو هز الكتفين دلالة على الرفض أو هز الرأس عموديا دلالة على القبول ٠

وأخيرا يمكن أن يكون التعبير الصريح عن الإرادة باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا فى دلالته على حقيقة المقصود بما فى ذلك مثلا أن عرض البضائع فى واجهات المحال التجارية ، مع بيان أثمانها إيجاب بالبيع ، ووقوف عربات الأجرة فى الأماكن المخصصة لركوب الأفراد ، إيجاب بالنقل ٠

- أما التعبير الضمني عن الإرادة فيتحقق فى كل مرة لا يكشف فيها التعبير عن حقيقة الإرادة بحسب المألوف بين الناس ، ومع ذلك فإن ظروف الحال تسمح بتفسيرها على هذا المعنى ٠ بما فى ذلك مثلا أن يعرض (أ) على (ب)

شيء لشرائه فلا يصرح الأخير بالقبول أو بالرفض ، ولكنه يتصرف فيها إلى الغير ، فيفسر تصرفه على أنه قبول ضمني للشراء ٠

أو أن يظل المستأجر بعد انقضاء مدة الإيجار منتفعا بالعين المؤجرة ، ويسكت المؤجر على ذلك ، ولا يعترض بما يؤدى إلى التجديد الضمني لعقد الإيجار أي بإيجاب ضمني من المستأجر ، حيث يظل منتفعا بالعين المؤجرة بعد انتهاء مدة الإيجار ٠ وقبول ضمني من المؤجر عندما علم بذلك ولم يعترض فيما يسمى بالتجديد الضمنى للإيجار وعليه نص المادة ١/٥٩٩ مدنى٠

وإذا كانت القاعدة أن التعبير عن الإرادة يمكن أن يكون صريحا، أو ضمنيا ٠ فإنه يستثنى من ذلك حالات يشترط فيها القانون وجوب التعبير الصريح عن الإرادة، أو يتفق الأطراف على أن التعبير صراحة عن الإرادة ٠

ومثال النص القانوني ، ما ورد بالمادة ١٨ من قانون الإثبات من أن الدفاتر والأوراق المنزلية لا تكون حجة على من صدرت منه إلا فى حالتين : إذا ذكر صراحة أنه استوفى دينا ، والثانية إذا ذكر صراحة أنه قصد ما دونه فى هذه الأوراق أن تقوم مقام السند لمن أثبتت حقا لصالحه ٠

ومن ذلك أيضا ما ورد بنص المادة ٤٧٥ مدني الخاصة ببيع التركة والمادة ٥٩٧ الخاصة بالتنازل عن الإيجار والإيجار من الباطن ٠

ومثال الاتفاق على التعبير الصريح أن يتفق الأطراف على أن يقع رضاء أحدهما كتابة ٠

- **السكوت والتعبير عن الإرادة :**

لما كان التعبير عن الإرادة يمكن أن يكون صريحا أو ضمنيا، فإن التساؤل يثور بصدد مدى صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة ؟

ونسارع للتنويه بداية بأن السكوت لا يعد تعبيرا ضمنيا عن الإرادة فالأول أمر سلبي بحت لا يقترن بكتابة ، ولا بإشارة ، ولا باتخاذ موقف بينما التعبير الضمني ، يقترن بمسلك إيجابي يقطع فى الدلالة على الإرادة ٠

فإذا انتهينا بان السكوت ليس تعبيرا ضمنيا عن الإرادة، فهو كذلك لا يمكن أن يكون تعبيرا عن الإيجاب لأن الإيجاب عرض OFFRe والعرض فعل إيجابي محدد موجه إلى الغير أى يتضمن بيانا واضحا عن الصفقة المراد إبرامها وشرائطها الأساسية والسكوت لا يصلح تعبيرا عن هذا البيان[٢٣]٠

كذا فإن من عرض عليه أمر ليس ملزما بأن يرد عليه بالقبول أو بالرفض ٠ فوجب لذلك ألا يفسر سكوته على أنه قبول والقول بعكس ذلك ، أي يحمل السكوت على أنه قبول يرتب نتائج غير معقولة ، حيث يكون كل شخص قابلا لأي عرض لمجرد سكوته عن الرد وفى ذلك اعتداء على حرية الشخص وبالتالي قيل بحق بأنه لا ينسب لساكت قول ٠

على أنه إذا كان السكوت ليس قبولا ، فقد استثنى من ذلك ثلاث حالات فيها يسكت الموجه إليه الإيجاب عن العرض ، فيفسر سكوته على أنه قبول منه وهذه الحالات الثلاث يقترن فيها السكوت بظروف معينة تجعله دالا على القبول أي أنه ليس سكوتا فحسب ، بل سكوت ملابس \`Silence Cirostancie وهذه الحالات هى :

١. إذا كان الإيجاب يتمخض عن منفعة خالصة للموجه إليه فإن سكوت من وجه إليه الإيجاب وعدم رفضه يعتبر عندئذ قبولا ويضرب الفقه

23 عبد الفتاح عبد الباقى/ موسوعة القانون المدني/ / نظرية العقد / ١٩٨٤/ ص ١٠٠

مثلا على ذلك بأن يعرض شخص على آخر هبة معينـة فيسكت الأخير ، فيفسر سكوته علـى أنـه قبـول للهبـة لأن العرض مفيد لـه ، ولا يلزمـه بأي التزام ٠

وإذا تقدم شخص لكفالة دين على آخر فى مواجهـة الدائن ، فـإن سـكوت المدين يعد قبولا منه للكفالة ، وإذا وعد (أ)(ب) بأن يبيعه شيئا معينـا ، إذا أظهر الأخير رغبته فى ذلك خلال مهلـة معينـة فـإن السكوت قبـول لأن الإيجاب يتمخض عن منفعة خالصـة للموجـه إليـه إنمـا يجب لقيـام دلالة القبول فى هذه الحالة ألا يوجد مانع مادى أو أدبي يحول دونه ٠

٢. إذا كـان العـرف أو العـادات ، أو طبيعـة المعاملـة ، قـد جـرت علـى أن الموجب له يعتبر قابلا إذا لـم يـرد بـالرفض فـى وقـت مناسـب مـن ذلـك مثلا ، أن عادة البنوك قد جرت فى تعاملها مع العملاء على إرسال بيان إلـى العميـل يكشـف عـن حالـة حسـابه الجـاري ٠ وإذا لـم يـرد العميـل بـالاعتراض عليـه خـلال مـدة معقولـة ، فـإن ذلـك يعتبـر قبـولا ذلـك لأن الموجب وهو البنـك لـم يكـن ينتظـر تصـريحا بـالقبول ٠ ومـن ذلـك أن يرسل صـاحب الصـحيفة إلـى المشـترك فيهـا ، الصـحيفة فـى موعـدها ، مضافا إليها شروطا جديدة ، منها مثلا أن يتم الوفاء بقيمة الاشتراك فى مقـر الصـحيفة نفسـه ، ولـم يعتـرض المشـترك بـالرفض خـلال مهلـة معقولة ، اعتبر ذلك منه بمثابة القبول ٠

٣. وأخيرا ، فإن السكوت قبول فى الحالة التى يوجد فيها تعامل سابق بين المتعاقدين ويتصـل الإيجـاب بهـذا التعامـل السـابق والمعنـى أن سكوت الموجه إليه الإيجـاب لا يعتبـر فـى هـذه الحالـة قبـولا إلا بتـوافر كـل مـن الشرطين الآتيين :

- أن يوجد تعامل سابق بين المتعاقدين ٠

- وأن يتصل الإيجاب بهذا التعامل السابق •

فتوافر الشرطين معا يبرر القول بأنه كان على الموجب له واجب بالرد فى وقت مناسب إذا لم تكن لديه نية القبول ، أما إذا سكت فيفسر سكوته على أنه قبول ومن ذلك مثلا ، أن يعتاد تاجر التجزئة التعامل مع تاجر الجملة فى سلعة معينة ، ويرسل الأول إلى الثاني فى طلب البضاعة التى اعتاد طلبها ، فيسكت الأخير عن الرد ، وعندها يفسر سكوته على أنه قبول وبذا يلتزم بتنفيذ العقد

وعلى أية حال ، فقد نص المشرع على حالات السكوت الملابس أي الذى يعد قبولا بالمادة ٩٨ مدني بأنه – إذا كانت طبيعة المعاملة ، أو العرف التجاري ، أو غير ذلك من الظروف يدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحا بالقبول ، فإن العقد يعتبر قد تم إذا لم يرفض الإيجاب فى الوقت المناسب ، ويعتبر السكوت عن الرد قبولا إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين ، واتصل الإيجاب بهذا التعامل أو تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه الإيجاب•

ويبقى أن نوضح بأن الحالات الثلاث السابقة ، استثنائية وفيها يقترن السكوت بملابسات وبظروف لولاها ، لما أمكن القول بأنه وحدة قبول وتظل القاعدة العامة ، أن القبول لا يمكن أن يستفاد من مجرد سكوت الموجب له •

- ويبقى أن نوضح بأن ثمة حالات يضفى فيها المشرع على السكوت أثرا كما يمكن لأطراف العلاقة التعاقدية ترتيب أثر معين على السكوت • ومن الأولى ما ورد بنص المادة ٢/٣٢٢ مدني – بأنه إذا اتفق البائع والمشترى على حوالة الدين وسجل عقد البيع تعين على الدائن متى أعلن رسميا بالحوالة أن يقرها أو يرفضها في ميعاد لا يجاوز ستة أشهر فإذا انقضى هذا الميعاد دون أن يبث برأى اعتبر سكوته إقرارا" فقد رتب المشرع في هذا النص على السكوت

القبول ٠ كذا، نصت المادة ٢/٣١٦ بأن سكوت الدائن بعد إعلانه بحوالة الدين عن إقرارها خلال أجل معقول يعتبر منه رفضا لها ٠ أى أن المشرع قد حمل سكوت الدائن على معنى الرفض ٠

- ومن جهة ثانية قد يترتب أثر على السكوت باتفاق المتعاقدين كأن يتفق العامل مع صاحب العمل على أن سكوت كل منهما عن إبداء رغبته في إنهاء العقد في أجل معلوم يرتب امتداد العقد لفترة تالية محددة أو غير محددة ٠

المحور الثاني- اختلاف التعبير عن الإرادة

- وضع المشكلة :

الغالب عملا ، أن يصدر التعبير عن الإرادة ، سواء بصورة صريحة أو ضمنية معبرا عن حقيقة الإرادة ذاتها وعندها ينعقد العقد ليس فقط من تطابق تعبيرين عن الإرادة بل من توافق الإرادتين ٠

ومع ذلك ، فقد يحدث لسبب ما أن يصدر تعبير عن الإرادة ، يخالف حقيقة الإرادة ذاتها ٠ كأن يقصد الشخص البيع ، فإذا به يستخدم ألفاظ الهبة أو العكس وأن يضع تاجر ثمنا على سلعة بطريق الخطأ أقل من الثمن الذى يقصده ٠

والسؤال ، هل يعتبر العقد هبة، إعمالا للإرادة الظاهرة ، أوبيع ، اعتدادا بالإرادة الباطنة أو الحقيقية ٠ وهل يعتد بالسعر الذى أعلن التاجر عنه أم بالسعر الذى كان في الحقيقة يقصده ؟؟٠

الواقع أن المسألة خلافية فى التشريع ، فبعضها على الأخذ بالإرادة الظاهرة بغية استقرار المعاملات بما فى ذلك القانون الألماني والبعض على الاعتداد بالإرادة الباطنة احتراما لحرية الأفراد مثل القانون الفرنسي[٢٤] ٠

ونلفت النظر إلى أمرين **الأول** : أن ثمة نتائج عملية تترتب على اعتناق المشرع لأي من النظريتين ، **والثاني :** أن كلا من النظريتين لا تسلم بالنتائج التى تترتب على كل منهما بصورة مطلقة ، أو نهائية بل تورد عليها العديد من القيود ٠

[24] انظر عبد الفتاح عبد الباقى / ص ١١٣ / بند ٥٤ – السنهورى/ جـ ١ / بند ٨٣

أولا - نظرية الإرادة الظاهرة

- تعتد نظرية الإرادة الظاهرة بالتعبير عن الإرادة ذاته بوصفه المظهر الذى تتخذه إرادة المتعاقدين ، حتى ولو كان غير مطابق للإرادة الحقيقية ٠

ويستند هؤلاء إلى حجج أهمها :

حجة منطقية ، مفادها أن الإرادة الظاهرة هى التى يمكن التعرف عليها ، فليس بمكنه أحد النفوذ إلى خفايا النفس ، ونوايا الضمير ٠ وبذا لا يكون من سبيل سوى التعويل على الإرادة التى يمكن التعرف عليها لا الإرادة الخفية التى تظل كامنة فى نفس صاحبها ٠ وبعبارة أخرى يكون للتعبير عن الإرادة في ذاته أثر قانونى من حيث أنه يكون الرضاء حتى ولو كان غير مطابق للإرادة الحقيقية ٠

وثمة حجة تاريخية تقوم على أن الالتزام لم يكن ينشأ أصلا إلا بإجراء شكلى ، وقد انحسر مبدأ الشكلية فى إبرام العقود ، إنما بقى منه كحد أدنى إعلان الإرادة ، أو التعبير عنها ، لذا يتعين اتساقا مع التطور التاريخي الاعتداد بالإرادة الظاهرة ٠

وأخيرا ، فمن الناحية الاقتصادية والاجتماعية ، فإن الإرادة التى يعول عليها يجب أن تكون هى الإرادة الظاهرة ، أو المعلنة ، فبغيرها لا يمكن توفير الثقة بين المتعاقدين أو الغير فى العلاقات القانونية

ثانيا - نظرية الإرادة الباطنة

على عكس نظرية الإرادة الظاهرة ، التى تعول على المظهر الخارجي للإرادة أي للتعبير عن الإرادة تعتد نظرية الإرادة الباطنة بحقيقة الإرادة ذاتها لا بالتعبير عنها ، فالإرادة الحقيقية هى التى تنشىء الالتزام لا التعبير عنها ويستند أصحاب نظرية الإرادة الباطنة على حجج أهمها :

١. حجـة منطقيـة أو عقليـة ، مفادهـا أن الإرادة ركـن التصـرف القـانوني وقوامه ، وما تعاقد الشخص إلا لأنـه أراد التعاقد ولذا وجب ألا يلتزم الشخص إلا إذا أراد ذلك حقيقة ولا يجوز أن يلتزم بإعلان خاطيء عن إرادته ٠

٢. وحجة تاريخية ،مؤداها أن العقد بداية لم يكن ينعقد إلا بإتبـاع إجراءات شكلية معقدة ، ثم تمخض التطور التـاريخي عن التخفيف من الشكلية لإبرام العقد ليتسع نطاق التراضي ٠ وأخذا من التطور التاريخي ، فإنه يعتد بحقيقة الإرادة لا بالإعلان عنها ٠

٣. وأخيرا فثمـة حجـة اقتصـادية واجتماعيـة تؤيد نظريـة الإرادة الباطنـة ، تقوم علـى النظـر إلـى العقود كتنظيم علاقـات المتعاقدين فـى المستقبل بصـورة تـوفر لعاقديـه الطمأنينـة وهـى لا تتحقق إذا وجـد العاقـد نفسـه يلتزم بأمر لم يقصده ، أو أخطـأ فـى التعبيـر عنـه ٠ لـذا ينبغـي الاعتداد بالإرادة الحقيقية ، وإلا زالت ثقة المتعاقدين بالعقد ٠

وإجمالا ففي نظرية الإرادة الباطنـة يعتبـر التعبيـر عن الإرادة قرينـة بسيطة تقبـل إثبـات عكسـها بينمـا يعتبـر التعبيـر عن الإرادة فـى منطـق نظريـة الإرادة الظاهرة قرينة قاطعة لإثبات العكس ٠

ثالثاً- النتائج التى تترتب على كل من النظريتين :

إذا عرضنا للإطار الفكري والحجج التى تؤيده فى كل من النظريتين فينبغـي التسليم بالنتائج المختلفة فى كل منهما ، وتتمثل فيما يلـي :-

١. فيما يتعلق بنقل التعبير عن الإرادة بوسـائل الاتصـال الحديثـة ، إذا وقـع خطأ فى عبارة الرسالة البرقية مثلا ، أو البريـد الإلكترونـي ، هل نـأخذ بمـا ورد بالرسـالة بـرغم الخطـأ أم بحقيقـة إرادة المرسـل ؟ وتختلـف الإجابة عن السؤال فـى النظريتين فأخذا من نظريـة الإرادة الظـاهرة ،

تكون العبرة ، بما ورد فى الرسالة ، وإعمالا لنظرية الإرادة الباطنة ، يتعين البحث عن حقيقة إرادة المرسل •

٢. وفيما يتعلق بزمان، ومكان انعقاد العقد، إذا تم التعاقد عن طريق المراسلة، أو عبر المسافات •

فمنطق نظرية الإرادة الباطنة يقضى بانعقاد العقد فى وقت سابق لمنطق نظرية الإرادة الظاهرة ، ففي الأول ينعقد العقد بتطابق الإرادتين أو بعبارة أخرى بمجرد صدور القبول وفى النظرية الثانية لا ينعقد العقد إلا بعلم الموجب بالقبول أي فى وقت متأخر عن صدور القبول •

٣. الغلط كعيب من عيوب الإرادة هو فيما سنرى اعتقاد يخالف الحقيقة يخول لمن وقع فيه الطعن بإبطال العقد يتسع مداه ونطاقه إذا أخذنا بمنطق الإرادة الباطنة ، ويضيق الأخذ به فى فقه نظرية الإرادة الظاهرة •

٤. فى التحفظ الذهنى ، وهو عدم إعلان المتعاقد لأمر فى نفسه ، لا يعول عليه فى منطق نظرية الإرادة الظاهرة ، بينما يعتد به أخذا بمفهوم الإرادة الباطنة إذا أمكن إثباته •

٥. الصورية وفيها عقدان متعاصران ، أحدهما ظاهر ، وهو غير الحقيقي والآخر خفي ، وهو العقد الحقيقي [٢٥] يثور التساؤل بصددها ، هل يعتد بالعقد الظاهر ، وهو لا يعبر عن قصد العاقدين ، أم بالعقد الخفي ، وهو ما اتجهت إرادتهما إلى الالتزام به فعلا ؟ إذا أخذنا بمنطق الإرادة

---

[25] وفى الصورية قد يختلف العقد الظاهر أو الصوري عن العقد الخفي أو المستتر فى طبيعته أو فى شروطه وقد يبرم عقد ظاهر ، بينما يتفق المتعاقدين على عدم إبرام عقد بالمرة •

الباطنة وجب الاعتداد بالعقد الخفي ، وإذا أخذنا بالإرادة المعلنة وجب التعويل فى الصورية على العقد الظاهر أو الصوري ٠

٦. وأخيرا ، يتأثر تفسير العقود بمنطق كل من النظريتين ، فوفقا لمنطق نظرية الإرادة الظاهرة يتعين على القاضي فى تفسير العقود أن يعول على ألفاظ العقد وعباراته أي على الإرادة المعلنة ، بينما يستوجب منطق الإرادة الباطنة على القاضي أن يبحث عن الإرادة الحقيقية للأفراد عند تفسيره للعقد ، أي بحيث لا يقف عند ألفاظ العقد وعباراته٠

رابعاً- موقف المشرع المصري:

اختلف الفقه بشأن الموقف الذى عليه القانون المصري من النظريتين فالبعض على أن المشرع قد اعتد بنظرية الإرادة الباطنة ، وإن أخذ مع ذلك ببعض آثار نظرية الإرادة الظاهرة لأجل المحافظة على الثقة وعلى استقرار التعامل ٠

وبعبارة أخرى فالأصل عند هؤلاء ، أن المشرع المصري قد أخذ بنظرية الإرادة الباطنة ، إنما مكملة ببعض مظاهر الإرادة المعلنة إلى الحد الذى يقتضيه استقرار التعامل ٠

ومن المظاهر على أن الإرادة الباطنة هى الأصل أن المشرع لا يعتد إلا بالإرادة الصحيحة لانعقاد العقد بحيث تعد الإرادة جوهر التصرف القانوني وركنه ، لذا جعل عيوب الإرادة سببا لإبطال العقد ٠

كذا اعتبر العقد باطلا بطلانا مطلقا إذا كان سبب الالتزام غير موجود أو كان مخالفا للنظام العام أو الآداب ٠ وفى تفسير العقد، إذا كانت عبارته غير واضحة، ينبغي على القاضي البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين ٠

وذهب رأى آخر [٢٦] بأن المشرع المصري قد اعتد أساسا بالإرادة الظاهرة لا بالإرادة الباطنة ، وكل ما هناك أنه لم يقف عند الإرادة ، كما جرى التعبير عنها فقط ، بل يعتد بجميع الظروف التى أحاطت بالتعبير عن الإرادة فهو لا يأخذ بالإرادة التى استطاع الموجه إليه التعبير بالتعرف عليها ٠

والواقع فى نظرنا أن التقنين المدني يعول على الإرادة الباطنة أساسا وإن أكملها مع ذلك ببعض مظاهر الإرادة المعلنة ، لتحقيق الثقة واستقرار المعاملات ٠ ومن ذلك مثلا ما ورد بالمادة ٩١ مدني ، بأن التعبير عن الإرادة ينتج أثره فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه ، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ، ما لم يقم دليل على عكس ذلك وهى نتيجة لا تستقيم وإطلاق القول بأن التقنين المدني لا يعتد إلا بالإرادة الباطنة ٠

ومن مظاهر تأثر المشرع بالإرادة الظاهرة أنه إذا مات من صدر عنه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره، فإن ذلك لا يمنع من ترتيب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه ٠

كذا ، فالغلط الفردي أي الذى وقع من أحد العاقدين ، ولم يقع من العاقد الآخر ، ولم يكن يعلم به ، وليس من السهل عليه أن يتبينه لا يصلح سندا لإبطال العقد ٠

كذا ، فالتدليس لا يعتبر عيبا فى الإرادة يخول للمدلس عليه إبطال العقود إذا صدر من غير المتعاقدين ، ولم يعلم به المتعاقد الآخر ، ولم يكن من السهل عليه أن يعلمه - م ١٢٦ مدني ٠

فيما يرى جانب آخر من الفقه بأن الأمثلة المذكورة تؤكد اعتناق المشرع المصري لنظرية الثقة المشروعة [٢٧]، بدليل أنه لا يكفى وجود عيب فى الإرادة

[26] من هذا الرأي السنهوري ، ص ١٢٤ – عبد الباقي / ص ١١٧ ٠
[27] ويأخذ بها قانون الالتزامات السويسري / الأهوانى / ص ٤٣ / بند ٥٢ ٠

لإبطال العقد بل يلزم أن يكون العيب معلوما ، أو يمكن العلم به من جانب المتعاقد الآخر ٠

كما يؤكد ذلك ، ما ورد بنص المادة ٨٩ مدني بأن العقد يتم بمجرد أن يتبادل طرفاه التعبير عن إرادتين متطابقتين ٠٠٠ والمعنى أن العقد يتم إلا بمجرد تبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين ، فذلك منطق نظرية الإرادة الظاهرة ٠
وهو لا ينعقد لمجرد تطابق الإرادتين ، أخذا بنظرية الإرادة الباطنة وإنما يتم التعاقد بتعبير عن الإرادتين مطابق ، بحيث لا يجوز التمسك بالتعبير الظاهر إذا كان الموجب له يعلم أنه لا يطابق حقيقة إرادة الموجب ، وإلا اعتبر ذلك محض إخلال بمبدأ الثقة المشروعة ، وحسن النية ٠

وإجمالا ، فإن نظرية الثقة المشروعة تقف فى مرحلة وسطى au mi - chemin بين نظرتى الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة ٠

المحور الثالث - الإعلام بالتعبير عن الإرادة

نصان ،وتعليق :

تنص المادة ٩١ مدني على أن التعبير عن الإرادة ينتج أثره في الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه ،ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك ٠

وتقضى المادة ٩٢ بأنه إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة ، أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره ، فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه ، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أومن طبيعة التعامل ٠

والمتأمل بالنصين يرى بأن الأول يحدد معنى الإعلام بالتعبير عن الإرادة ، وأثره ٠ بينما يتعلق الثاني بأثر الموت وفقد الأهلية فى التعبير عن الإرادة ٠

أولا - المقصود بإعلام التعبير عن الإرادة ، وأثره :

لا يكفى لانعقاد العقد، أن يصدر تعبير عن الإرادة، بأي صورة من صور التعبير، بل يلزم فوق ذلك أن يوجه التعبير عن الإرادة إلى الطرف الآخر حتى يعلم به ٠

فالإعلام بالتعبير عن الإرادة مقصود به إذن إيصال التعبير عن الإرادة بصورة ما إلى علم الموجب له

وإنما يثور التساؤل عن الوقت الذى يكون فيه الموجب له قد علم بالتعبير عن الإرادة الصادر من الموجب ؟ ٠

وقد أجابت المادة ٩١ مدني على ذلك بقولها ، أنه فى الوقت الذى يتصل فيه التعبير عن الإرادة بعلم من وجه إليه ٠ ويحتج على ذلك بأن إثبات العلم بذلك أمر غير ميسور ٠

وبذا ، رأى المشرع بأن وصول التعبير عن الإرادة ، قرينة بسيطة على العلم به • إنما يمكن للطرف الآخر إثبات عكس القرينة ويقع عبء الإثبات على عاتق من يدعى عكس القرينة •

وثمة شرط بديهي آخر ، بغيره لا ينتج الإعلام أثره أن تكون نية صاحب التعبير عن الإرادة قد اتجهت أصلا لإحداث أثر قانوني ما • فوصول التعبير عن الإرادة إلى الموجه إليه وحده لا يكفى لانعقاد العقد ، إذا لم تكن نية الموجب قد اتجهت أصلا إلى ترتيب ذات الأثر القانوني • ويضرب الفقه مثلا على ذلك ألا يقوم المتعاقد بتسليم سند العقد موقعا عليه إلى الطرف الآخر ، بما يدل على نيته عدم الارتباط بالعقد وهو شرط بديهي بدونه لا يمكن القول بأن الشخص قد التزم لأنه أراد الالتزام •

وثمة شرط آخر بدونه لا يمكن القول بأن إعلام المتعاقد الآخر قد أنتج أثره هو ألا يكون عدم العلم بالتعبير عن الإرادة يرجع إلى خطأ الموجه إليه هذا التعبير •

وهو شرط تتضح أهميته حينما يكون التعبير عن الإرادة متعلقا بالقبول فحسن النية يقتضى عدم تراخى الموجب فى الإطلاع على ما ورد بالإيجاب ، أو السعى لمعرفة مضمونه ،وإلا عد ذلك تحايلا للتحلل من العقود بحجة عدم العلم بالرد فى الميعاد المحدد للإيجاب [٢٨] •

وبالتالي لا يجوز فى هذا الفرض للموجب أن ينفى العلم ، لأن عدم العلم يرجع إلى خطأ ينسب إليه •

فإذا انتهينا بأن الإعلام عن الإرادة، هو إيصال التعبير عن الإرادة إلى علم الموجه إليه، بافتراض توافر الشرائط الأخرى •

---

[28] نقض ١٩٧٢/١/١٩ / أحكام النقض / س ٢٣ / ص ٦٧ والأهوانى / ص ٣٩ / والحاشية •

يبقى التساؤل عن ماهية الأثر المترتب على التعبير بوصوله لعلم من وجه إليه ؟

والإجابة عن التساؤل المطروح تستتبع التفرقة بين فرضين:

الأول : أن يكون التعبير إيجابا وفيها يتمثل أثر الإيجاب في صلاحيته أن يقترن به قبول • وتفريعا على ذلك ، يجوز للموجب أن يعدل عن إيجابه قبل أن يتصل هذا الإيجاب بعلم من وجه إليه • وتفسير ذلك أن الإيجاب هو تعبير عن الإرادة ، يمكن أن يزول بتعبير عن الإرادة آخر ، مادام أن التعبير الأول لم يتصل بعلم من وجه إليه • وحتى إذا اتصل الإيجاب بعلم من وجه إليه ، يجوز للموجب العدول عنه ، فلا ينعقد العقد ، ما لم يكن الموجب ، لنص في القانون ، أو بمحض إرادته المنفردة قد التزم بالبقاء على إيجابه لمدة محددة ، صراحة ، أو ضمنا •

وعلى ذلك فإن عدول الموجب عن الإيجاب غير جائز في حالتين :

الأولى: إذا صدر قبول، يتصل بعلم الموجب بحيث ينعقد به العقد •

الثانية: إذا كان الموجب ملتزما بالبقاء على إيجابه مدة معينة سواء كان الالتزام مصدره نص القانون، أو محض إرادة الموجب المنفردة •

أما الفرض الثاني ، أن يكون التعبير عن الإرادة قبولا ، فلا يترتب عليه أثره ، في انعقاد العقد إلا إذا اتصل بعلم من وجه إليه أي الموجب كقاعدة عامة•

ويستثنى من ذلك حالات يتم فيها العقد قبل أن يتصل التعبير عن القبول بعلم الموجب هي :

أ- أن يكون السكوت قبولا ، وذلك في الحالات التي يقترن فيها السكوت بظروف أو بملابسات تجعله بمثابة القبول ، على النحو الذى بسطناه آنفا •

ب- أن يقوم تنفيذ العقد مقام القبول ، ومن ذلك مثلا أن يعرض (س) على (ص) شراء شيء معين فلا يصرح الأخير بالقبول أو بالرفض ، إنما يتصرف فيه إلى (ع) وعندها يكون عقد البيع قد تم من يوم بدء التنفيذ لا من يوم علم الموجب به ٠

وفيما عدا ذلك ، لا ينتج القبول أثره إلا عند اتصاله بعلم الموجب ، وقبل ذلك يستثنى لمن صدر منه القبول العدول عنه ، على أن يتصل التعبير الإرادي بالعدول إلى الموجب قبل وصول القبول إليه أو على الأقل فى ذات الوقت ٠

وقد كان ثمة نص بالمشروع التمهيدي للقانون المدني يقضى بأنه إذا تبين من إرادة الموجب أو من طبيعة المعاملة ، أو من مقتضى العرف أن تنفيذ العقد يقوم مقام القبول ، فإن العقد يعتبر قد تم فى الزمان وفى المكان اللذين بدأ فيهما التنفيذ ، ويجب فى هذه الحالة المبادرة بإخطار الطرف الآخر ببدء التنفيذ ٠

ولكن النص حذف من لجنة المراجعة، لاشتماله على مسائل تفصيلية انتهى الفقه، والقضاء إليها ٠

ثانيا :أثر الموت ، وفقد الأهلية فى التعبير عن الإرادة :

قدمنا بأن الإعلام بالتعبير عن الإرادة، إيصاله إلى علم من وجه إليه بحيث يترتب عليه أثره، سواء كان التعبير عن الإرادة إيجابا، أو قبولا ٠

فإذا ظهر التعبير عن الإرادة، استمر قائما بحيث ينتج أثره، باتصاله بعلم من وجه إليه، حتى ولو مات صاحبه، أو فقد أهليته ٠

والمعنى أن الموت ، وفقد الأهلية ليس لهما أثر فى التعبير عن الإرادة على سند بأن التعبير عن الإرادة كيان مستقل عن صاحبها ٠ فإذا صدر ، أخذ طريقه لإنتاج أثره القانوني ، بصرف النظر عن أية ظروف قد تطرأ على صاحبه بما فى ذلك موته ، وفقد أهليته ٠

ويستثنى من ذلك الحالة التى يرتبط فيها التعبير عن الإرادة بالاعتبارات الشخصية بما في ذلك مثلا أن يكون الموجب فنانا عرض عليه رسم لوحة فنية ، ثم توفى بعد قبوله للعرض ، وقبل وصول القبول إلى الموجب ، فإن الإيجاب يسقط ٠

وتأكيدا لذلك، بعد أن نصت م ٩٢ مدني على عدم تأثر التعبير عن الإرادة بموت صاحبه أو فقد أهليته، تابعت تقول ٠٠٠ ما لم يتبين العكس من التعبير، أو من طبيعة التعامل " ٠

وسوف نعرض بداية لأثر موت وفقد أهلية من وجه التعبير عن الإرادة ثم لأثر موت وفقد أهلية من وجه إليه التعبير عن الإرادة والفرض الأول، عرضت له المادة ٩٢ مدني، بينما لم تعرض للفرض الثاني

أولا: أثر موت من وجه التعبير عن الإرادة، وفقد أهليته ٠

من المسلم به أن التعبير عن الإرادة الصادر ممن وجهه، قد يكون إيجابا وقد يكون قبولا ٠

١ - أثر الموت وفقد الأهلية فى الإيجاب :

إذا كان التعبير عن الإرادة الصادر ممن وجهه إيجابا ، ثم توفى الموجب أو فقد أهليته فلا يترتب على ذلك سقوط الإيجاب ولا يغير من ذلك أن يقع الموت ، أو فقد الأهلية بعد اتصال الإيجاب بعلم من وجه إليه اعتبارا بأن التعبير عن الإرادة عموما كيان مستقل عن صاحبه ، إذا صدر ، فلا يتأثر بظروف من صدر منه بحيث ينتج أثره باتصاله بعلم من وجه إليه ٠

وتفريعا على ذلك ، فإن الإيجاب فى الفرض المطروح يلزم صاحبه ، فإن توفى ينتقل إلى ورثته بالحالة التى كان عليها عند مورثهم ٠ فإن كان ملزما

للموجب بالبقاء عليه مدة معينة ، انتقل إلى الورثة على ذات الوصف • بحيث لا يكون لهؤلاء العدول عنه أو الرجوع فيه قبل انقضاء المدة المحددة •

فإذا لم يكن الإيجاب ملزما للموجب ، الذى توفى بعد صدوره ، لا يكون ملزما كذلك ، لورثته ، بحيث يتسنى لهم الرجوع عنه أو العدول فيه •

فإذا انتهينا أن الإيجاب لا يسقط بالوفاة، أو بفقد الأهلية متى صدر التعبير من الموجب، فإن التساؤل يثور هل ينعقد العقد، لو قبل الموجب له الإيجاب أي قبل الوفاة ، أو فقد الأهلية ؟

إن الإجابة عن التساؤل المطروح قد قسمت الفقه إلى قسمين الأول على أن العقد لا يمكن أن ينعقد فى مواجهة الورثة لو قبل الموجب له الإيجاب قبل الوفاة أو فقد الأهلية ، اعتبارا بأن القبول الصادر من الموجب له لا يمكن أن ينتج أثره أخذا من نص المادة ٩١ مدني إلا إذا اتصل بعلم من وجه إليه وهو الموجب الذى توفى أو فقد أهليته والقبول هنا لن يصل إلى علم من وجه إليه لأنه مات ، فيظل الإيجاب دون قبول وبالتالي لا ينعقد [29] العقد •

وبعكس ذلك يذهب رأى آخر إلى أن العقد ينعقد ، لو قبل الموجب له الإيجاب ولا يصح الاعتراض على ذلك بأن ورثة الموجب يحلون محله فى العلم بالقبول [30]•

والقول بغير ذلك يعنى إهدار حكم المادة ٩٢ مدني ومفادها أن الإيجاب لا يتأثر بموت من صدر منه أو فقد أهليته •

---

[29] السنهوري / ص ١٨٨ •

[30] سليمان مرقس / ص ١١٣ – عبد الحى حجازي / ص ٤٩٦ •

٢- أثر الموت وفقد الأهلية فى القبول :

إذا صدر تعبير عن القبول ، ثم مات القابل أو فقد أهليته قبل اتصال قبوله بعلم الموجب ٠ فإن هذا القبول أخذا من المادة ٩٢ مدني لا يسقط ، وإنما يظل قائما بحيث ينتج أثره فى انعقاد العقد بمجرد وصوله إلى علم الموجب ٠

ثانيا - أثر موت من وجه إليه التعبير أو فقد أهليته :

نسارع للتنويه بداية بأنة المادة ٩٢ مدني قد عرضت للفرض الذى يتوفى فيه من وجه التعبير أو فقد أهليته ، إلا أنه لم يعرض للفرض الآخر ،وفيه يتوفى من وجه التعبير أو فقد أهليته ٠

كذا انتهينا بأنه إذا توفى من وجه إليه القبول (الموجب) أو فقد أهليته ، فالبعض من الفقه أن ذلك يحول دون صدور قبول من الورثة ينعقد بع العقد ، والبعض على عكس ذلك بأنه وفاة من وجه إليه القبول أو فقد أهليته تحول دون صدور قبول بين الورثة ، فلا ينعقد العقد ٠

وبذا ، يظل التساؤل قائما عن الحالة التى يتوفى فيها من وجه إليه الإيجاب أو يفقد أهليته ، فهل يسقط الإيجاب الموجه إليه ؟

والإجابة عن التساؤل المطروح تستتبع النظر إلى فرضين : **الأول** أنه إذا توفى من وجه إليه الإيجاب أو فقد أهليته قبل أن يصل الإيجاب إلى علمه ، فإن الإيجاب يسقط ، بحيث لا تستطيع ورثته ذلك ، لأن الإيجاب تعبير عن الإراده لا ينتج أثره فيما قدمنا إلا إذا اتصل بعلم من وجه إليه ٠

أما الفرض الثاني، ففيه يتوفى من يوجه إليه الإيجاب أو يفقد أهليته بعد أن يكون الإيجاب قد اتصل بعلمه، وقبل صدور تعبير منه بالقبول ٠

وحكم الفرض المذكور آثار الجدل فى الفقه ، فالبعض على سقوط الإيجاب بحيث لا يجوز أن يصدر من الورثة قبول ، لأن القبول رخصة لصاحبها لا تنتقل إلى غيره ٠

و البعض الآخر على أن الإيجاب لا يسقط، ما دام قائما وكان العقد ليس من عقود الاعتبار الشخصي ٠

الفرع الثاني- عناصر الرضائية

نصوص قانونية، تعليق وتقسيم:

نصت المادة ٨٩ مدني على أن العقد يتم بمجرد أن يتبادل طرفاه التعبير عن إرادتين متطابقتين ، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع لانعقاد العقد ٠

ونصت المادة ٩٣ بأنه إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد ، وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة ٠

ونصت المادة ٩٤ على أنه إذا صدر الإيجاب فى مجلس العقد دون تعيين ميعاد للقبول ، فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورا ، وكذلك الحال إذا صدر الإيجاب عن شخص إلى آخر بطريق التليفون أو بأي طريق مماثل – ومع ذلك يتم العقد ، ولو لم يصدر القبول فورا إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه فى الفترة ما بين الإيجاب والقبول وكان القبول قد صدر قبل أن ينفض مجلس العقد ٠

ونصت م ٩٧ على أنه يعتبر التعاقد بين الغائبين قد تم فى الزمان والمكان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق أو نص بغير ذلك وتعلىقا على ما ورد بالنصوص السابقة نرى بأن المادة ٨٩ مدني تشتمل على عناصر الرضاء وهى الإيجاب ، والقبول ، والتطابق بينهما ٠ ولم يرد تعريف فى النص للإيجاب ،أو للقبول ، باعتباره مسألة فنية يجدر تركها للفقه والقضاء٠

بينما نصت المادة ٩٣ على الحالة التى يرتبط فيها القبول بميعاد فيلتزم الموجب بالإبقاء على إيجابه إلى انقضاء الميعاد المحدد وهو استثناء من القاعدة العامة فى حرية العدول عن الإيجاب ، مادام أنه لم يصادف قبولا مطابقا ٠

بينما عرضت المادة ٩٤ للتعاقد بين حاضرين أي فى مجلس العقد بينما تناولت المادة ٩٧ حكم التعاقد بين غائبين ، ومن المسلم به أن العقد ينعقد فى المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ٠

ونعرض للإيجاب فى محور أول ، ثم للقبول فى محور ثان ونخصص المحور الأخير لتوافق الإرادتين :

المحور الأول- الإيجاب

الإيجاب وشروطه ، والدعوة إلى التعاقد – الإيجاب المحدد والإيجاب الموجه للجمهور – أثر الإيجاب وقوته الملزمة – موقف القانون المدني ٠

أولاً- معنى الإيجاب وشروطه:

الإيجاب على ما انتهى إليه قضاء النقض هو العرض الذى يعبر به الشخص الصادر منه على وجه حازم عن إرادته فى إبرام عقد معين بحيث إذا اقترن به قبول مطابق انعقد العقد [٣١] ٠

والمعنى أن الإيجاب لا يرتب أثره من حيث انعقاد العقد إذا صادفه قبول مطابق إلا إذا توافرت شرائط ثلاثة:

الأول : أن يكون العرض قد حصل على صورة بحيث يمكن للعقد أن يقوم على أساسه ، وهو لا يكون كذلك إلا إذا تضمن العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه بحيث يتم العقد بمجرد أن يقترن به قبول مطابق ٠ فالإيجاب بالبيع مثلا يجب أن يتضمن المبيع والثمن ، فإذا حدد المبيع والثمن ، فلا يلزم بعد ذلك أن يشتمل الإيجاب على المسائل التفصيلية للعقد ٠ بحيث يمكن الرجوع بشأنها إلى القواعد المكملة لإرادة المتعاقدين ومن ذلك مثلا مكان تسليم المبيع أو الوفاء بالثمن ٠

---

[31] مثلا نقض ١٩٦٩/٦/١٩ / أحكام النقض / س٢ / رقم ١٥٩ ٠

وتأكيدا لذلك نصت م ٩٥ مدني على أنه إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية فى العقد ، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ، ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضى فيها طبقا لطبيعة المعاملة ، ولأحكام القانون والعرف والعدالة ٠

وهكذا فإن المسائل الجوهرية يجب أن يتضمنها الإيجاب حتى ينعقد به العقد بقبول مطابق، أما المسائل التفصيلية فلا يشترط أن يتضمنها، ويلزم مع ذلك ألا يقوم بشأنها خلاف ٠

وتطبيقا لذلك حكم بأن المسائل الجوهرية فى البيع هى أركان العقد نفسه " المبيع والثمن " ، وكذا المسائل التفصيلية الأخرى إذا اعتبرت أساسية فى اتفاق الطرفين [٣٢] ٠

وقضى بأن الحكم الذى يقام على أن بيعا تم بين طرفي الخصومة يجب أن يعنى بإثبات جميع أركان البيع من رضاء ومبيع وثمن [٣٣] ٠

وعلى المحكمة أن تفصل فيما إذا كانت المسائل التى يتضمنها العرض جوهرية أو ثانوية فإذا كان الحكم المطعون فيه إذا اعتبر الاتفاق بين الطرفين على الأرض المبيعة والثمن مع إرجاء تحرير عقد البيع النهائي إلى أن تقوم به الإدارة القانونية للجنة الإصلاح الزراعي بالشروط التى تراها لا يعدو أن يكون مشروعا لعقد بيع دون أن تبحث ما إذا كانت الشروط المرجأة جوهرية أم ثانوية فإنه يكون متسما بالقصور مما يتعين معه نقضه [٣٤] ٠

وفى عقد الإيجار فإن محكمة باريس لم تعترف بوجود إيجاب بتحديد العقد إذا كان العرض لا يتضمن أي تحديد للأجرة المحتملة ولا أية عناصر تساعد على تحديدها ٠ بل أن خطاب المستأجر فى الموضوع لا يعدو أن يكون اقتراحا

---

[32] نقض ١٩٨٣/٣/٢٩ / مجموعة طلبه / ٢ ٠

[33] نقض ١٩٦٣/١/٩/ أحكام النقض / ص ٩٣ ٠

[34] نقض ١٩٧٥/١/١٦ / أحكام النقض / س ٢٦ / ص ١٨٣ ٠

أو دعوة إلى التعاقد يمكن أن يتمخض عنها عرض بات أو محدد وخاصة أمام الموثق [٣٥] .

ومع ذلك فقد جرى القضاء على أن العرض يعتبر إيجابا ولو لم يحدد ثمن المبيع إذا كان قد تضمن عناصر يستفاد منها إمكانية تحديده ولو بصورة ضمنية [٣٦] .

وقد تأثر المشروع المصري بالقضاء السابق فنص على أنه يجوز أن يقتصر فى تحديد الثمن على بيان أسس صالحة لتقديره ، كما يجوز أن يفوض تحديده إلى طرف ثالث ٠ فإذا لم يتحدد لأي سبب كان الثمن هو ثمن المثل ٠

وحكم بأنه لما كان قد تبين من مشروع عقد إحدى راقصات الأوبرا بأنه لم يكن وقع عليه ، واعتبرته الراقصة مع ذلك إيجابا وهو لا ينتج أثره إلا بعد التوقيع عليه ٠ وحتى لو كان هذا المشروع قد وقع عليه من قبل الموظف المختص ، فإنه يبقى خاضعا لشروط الموافقة من جانب الجهات المالية وهو أمر لم يتحقق ٠ وبالتالي يكون لقاضى الموضوع فى غياب الشرائط السابقة اعتبار العقد لم يتم ٠ وبالتالي لا يمكن إجابة الراقصة إلى طلبها التعويض عن عدم تنفيذ العقد المزعوم [٣٧] ٠

فإذا لم يشتمل العرض على العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه ، فإنه لا يعتبر إيجابا ، وإنما دعوة إلى التعاقد أو التفاوض ٠ حيث يدعو شخص آخر للدخول معه فى مفاوضات لأجل التوصل إلى عقد ما ٠

فالذي يميز الإيجاب عن الدعوة للتعاقد أن الأول يحمل نيه قاطعة على الارتباط بالعرض، ولا تكون كذلك إلا إذا اشتمل العرض على العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه ٠

---

[35] باريس ١٩٨٣/١٢/١٢ – غير منشور ذكره موسيرون فى مؤلفه الصياغة التعاقدية – ط ٠ لوفيبر ٠
[36] مثلا نقض مدني فرنسي ٢٣ مايو ١٩٧٩ / دالوز ١٩٧٩ / ص ٤٨٨ ٠
[37] نقض مدني فرنسي ٢ مايو ١٩٧٨ / دالوز ١٩٧٩ / ٣١٧ ٠

ومن قبيل الدعوة إلى التعاقد أن يعلن شخص عن منزل للبيع أو عن أرض للتأجير دون بيان للثمن أو الأجرة ، فمثل هذا الإعلان دعوة إلى التعاقد بحيث أن الإرادة التى تقبل الدعوة تسمى إيجابا ولا يكفى وحده لانعقاد العقد ما لم يصادفه قبول مطابق ممن وجه الدعوة إلى التعاقد ،

على أنه يعتبر إيجابا على وجه الخصوص عرض البضائع مع بيان أثمانها، مع الإخلال بما تقتضيه التجارة من أوضاع ، ومن ذلك عرض البضائع على واجهات المحال التجارية مع بيان أثمانها ،

أما حالات النشر ، والإعلان وإرسال وتوزيع قوائم الأسعار الجاري العمل بها ، وكل بيان آخر متعلق بعروض ، أو طلبيات موجهه للجمهور أو لأفراد معينين فإنها لا تعد بحسب الأصل إيجابا ، وإنما دعوة إلى التعاقد ،

ومن قبيل الدعوة إلى التعاقد لا الإيجاب طرح أشياء للبيع فى المزادات وطرح توريد أشياء فى المناقصات ، ولا يغير من ذلك أن تقترن المزايدة أو المناقصة بتحديد ثمن أساسي فالمزايدة ، والمناقصة محض دعوة إلى الجمهور للتعاقد ، وكل عطاء يتقدم به فرد من الجمهور إيجاب من جانبه ويكون إرساء المزاد أو المناقصة على أحد مقدمي العطاءات بمثابة القبول وتأكيدا لذلك نصت المادة ٩٩ مدني على أن العقد فى المزايدات لا يتم إلا برسو المزاد ، ويسقط العطاء بعطاء يزيد عليه ولو كان باطلا ،

والتفرقة بين الإيجاب ، والدعوة إلى التعاقد ترتب نتائج مهمة أخصها ، إذا كنا بصدد دعوة إلى التعاقد أثارت إيجابا من جانب الطرف الآخر ، فإن صاحب الدعوة لا يكون ملتزما قانونا بقبول الإيجاب ، بل هو حر فى القبول أو الرفض ولا يترتب على الرفض فى ذاته أية مسئولية ،

ويمكن مع ذلك أن تنشأ مسئولية صاحب الدعوة ليس عن رفض الإيجاب فى ذاته ، بل عن الأفعال التى تصاحب الرفض ، كما إذا تبين مثلا أنه قد تعسف

فى رفض الإيجاب ، أو أنه لم يكن حادا فى دعوته إلى التعاقد بما دفع الطرف الآخر إلى بذل الجهد ، والوقت والنفقات ٠

ولا تكون المسئولية عن رفض الإيجاب الذى استثارته الدعوة إلى التعاقد تعاقدية ، فليس ثمة عقد قد تكون ، ولكنها مسئولية تقصيرية عن الفعل غير المشروع ٠ وبمعنى آخر ، لا يكون صاحب الدعوة مسئولا عن العدول في ذاته ، بل عما يصاحبه أو يقترن به من تعنت ، أو تعسف ، أو تقصير ، أو عدم الجدية ٠

ثانياً- مرحلة المفاوضات

قد يسبق إبرام العقد خصوصا فى نطاق التجارة الدولية ، وفى عقود القانون الوطني التى تشتمل على صفقات ضخمة مرحلة فى المفاوضات حول العقد المراد إبرامه ٠

وقد تنشأ المفاوضات عقب دعوة إلى التعاقد موجه من أحد الطرفين إلى الآخر ، وقد تنشأ عن إيجاب يعرض على الطرف لكنه لا يقبله فورا إلا بعد مفوضات أو مساومات على بعض ما تضمنه الإيجاب من مسائل ٠

وفى المفاوضات مناقشات ومساومات ، وأخذ ورد ، وشد وجذب ، كما نرى خلالها مستندات أو محررات مكتوبة ، ومشروعات تعاقد ، واتفاقات تمهيدية بعضها معاصر للمفاوضات ذاتها فيما يسمى بشبه العقود Presque-Cotrats وبعضها لاحق على التفاوض ، وسابق على إبرام العقد النهائي فيما يسمى بعقود ما قبل العقد Avant-Contrat ٠ والأولى تثير التساؤل عن مدى قيمتها القانونية ، فيما الثانية تثير الجدل بصدد طبيعتها القانونية ، وطبيعة العلاقة بينها وبين العقد النهائي ؟٠

ونلفت النظر إلى مسألتين : الأولى أن الدخول فى المفاوضات لا يعنى بحال من الأحوال الحد من حرية الشخص فى أن يتعاقد أو لا يتعاقد ٠ ولذا ، فالعدول عن المفاوضات بذاته لا يرتب مسئولية العادل عنها ٠

ومع ذلك فإن قطع المفاوضات من جانب من دعا إليها يمكن أن تنشأ عنه مسئولية ، إذا اقترن بخطأ أو تقصير ٠ فهى مسئولية لا تترتب عن العدول ذاته وإنما عما صاحب العدول من تقصير أو رعونة أو عدم تبصر أى أن المسئولية لا تكون عقدية ، بل تقصيرية أساها العمل غير المشروع ومن ذلك مثلا أن يثبت أن قطع المفاوضات لم يكن لأسباب جدية ، أو وقع فى وقت غير ملائم ، أو فى وقت قطع فيه أصحاب المفاوضات مرحلة بعيدة نحو إبرام العقد النهائي ، وعندئذ ينشأ للطرف الآخر الحق فى تعويض الضرر ٠ وهو تعويض ليس مصدره المسئولية التعاقدية فليس ثمة عقد على الإطلاق قد أبرم وإنما عما يسمى بالمسئولية السابقة على التعاقد والتعويض فيها لا يقوم إلا عن الخسارة اللاحقة ،ولا يشمل الكسب الفائت فهو أضيق نطاقا ، من التعويض عن المسئولية التعاقدية ٠

وتفريعا على ذلك لا يكون للمضرور عن قطع المفاوضات المطالبة سوى بالتعويض عن النفقات التى تكبدها ، أو الوقت أو الجهد الذى أنفقه ولا يجوز له طلب التعويض عن الكسب الفائت لعدم إتمام العقد موضوع المفاوضات ٠

والمسألة الثانية ، أن المفاوضات على ما قدمنا مرحلة تمهيدية قد تفضى إلى إبرام العقد إذا أسفرت عن عرض محدد قبله الطرف الآخر ٠ وربما لا يؤدى إلى إبرام العقد ويجوز لأي من المتفاوضين أخذا من المبدأ العام فى حرية إبرام العقود ، قطع المفاوضات ، أو العدول عنها من دون أية مسئولية عن العدول فى ذاته٠

وجدير بالملاحظة أنه قد يترتب على قطع المفاوضات أو العدول عنها إضرار بالطرف الآخر خصوصا إذا كانت المفاوضات شاقة، أو معقدة أو استغرقت الوقت، والجهد والنفقات ٠

وعليه يبدو التناقض بين مسألتين : مبدأ الحرية التعاقدية الذى لا يلزم المتفاوض بإبرام العقد النهائي والإضرار بالطرف الآخر المتفاوض الذى قد يفاجأ بقطع المفاوضات أو العدول عنها فى وقت غير ملائم وتغل يده مع ذلك عن رفع دعوى التعويض ٠ وفى محاولة لإزالة التناقض المذكور ، قد يتجه أطراف المفاوضات إلى إبرام اتفاقات تهدف إلى التوصل إلى إبرام العقد النهائي ٠ وبذا فإنه مخالفة الالتزام المذكور ، بقطع المفاوضات ، أو بعدم إتمام العقد النهائي ، مخالفة لالتزام تعاقدي يرتب المسئولية التعاقدية وهى مسئولية مستقلة عن المفاوضات ذاتها ٠

- **الشرط الثانى** ولا يكفى لقيام الإيجاب اشتماله على العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه بل ينبغي فوق ذلك أن يكون باتا ، وجازما فى دلالته على إرادة المتعاقد ٠ وفى كل الحالات فإن استخلاص ما إذا كان الإيجاب باتا مما يدخل فى نطاق السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع ، مادام هذا الاستخلاص سائغا ومستمدا من عناصر تؤدى إليه وقائع الدعوى[٣٨]٠

وقد لاحظنا عملا أن العرض الذى يحمل فى طياته ألفاظا محددة بالبيع يعتبر إيجابا ، بافتراض توافر الشرائط الأخرى ٠ ولا يؤثر فى ذلك أن تذيل العرض عبارات من نوع أن هذا العرض لا يعتبر عقدا إلا إذا طابقه القبول ، أو عبارات اقتراح بإيجاب ، أو نداء بإيجاب Appel D'offer أو عبارات من نوع " دون أي تعهد من جانبنا " أوأن هذا العرض لا يعتبر وثيقة تعاقدية ٠

[38] نقض ١٩٨٥/١٢/٤ / أحكام النقض / س ٣٦ / ص ٧٠٦

وفي حكم لمحكمة النقض أن العرض الذى يؤيد بشرط الدفع فورا تفاديا لخطر المضاربة فى البورصة يعتبر إيجابا [٣٩] ٠

وعادة ما يذكر التجار فى إعلاناتهم ونشراتهم بعد عرض البضائع أن كل طلب يوقع من جانب العميل وتزيد قيمته عن مبلغ معين ينبغي أن يخضع للقبول من جانبنا ٠ وهكذا ، فإن كل طلب يزيد على هذا المبلغ يعتبر دعوة إلى التعاقد ، وكل طلب فى حدود هذا المبلغ يعتبر إيجابا بالبيع ينعقد به العقد ٠

والمهم أن الإيجاب المقترن بتحفظ ما لا يتعارض مع الإيجاب البات ٠ فالتحفظ لا يعدم الإيجاب ، ومع ذلك يرى البعض بأن التحفظ لا يجعل الإيجاب باتا أو جازما فى دلالته على حقيقة الإرادة وبالتالي يفقد الإيجاب صفته بحيث لا يعدو أن يكون دعوة إلى التعاقد أو طلب تقديم عروض [٤٠]٠

ويرى البعض الآخر ، عدم التسليم بالرأي السابق على إطلاقه ، إذ يتعين التفرقة فى نطاق التحفظ بين نوعين : الأول تحفظ يسمح لمن اشترطه باختيار شخص المتعاقد ، كما هو الشأن فى العقود التى تبرم لاعتبارات شخصية ٠ وهو تحفظ يتعارض مع الإيجاب ، لأن قبول من وجه إليه الإيجاب لا يكفى لإبرام العقد ولا يتضمن نية المتعاقد مع أي شخص يستجيب له ٠

أما النوع الثاني فهو تحفظ يقترن بالإيجاب ، ولا يسمح للموجب باختيار شخص المتعاقد معه ، وعندئذ فهو لا يعدم الإيجاب ، لأن قبول من وجه إليه يؤدى إلى إبرام العقد برغم التحفظ المذكور ٠

ومن ذلك مثلا أن يعرض شخص على الجمهور شيئا ذا كمية محدودة ، بما فى ذلك مثلا أماكن فى السينما أوفى المسرح مع تحفظ إلى حين نفاذ الكمية ٠

---

[39] تزعم الرأي فى فرنسا ماليرى وأنيس الالتزامات / ص ١٧٩ ٠

[40] تزعم الرأي فى فرنسا ماليرى وأنيس الالتزامات / ص ١٧٩٠

وقد أكدت محكمتنا العليا بأن الإيجاب المعلق هو إيجاب لا مفاوضة ولكنه إيجاب لا ينفذ إلا إذا تحقق الشرط المعلق عليه [41] .

الشرط الثالث : ولا يكفى لاعتبار العرض إيجابا أن يكون مكتملا أو جازما أو باتا ، بل يجب فوق ذلك أن يتصل العرض بعلم من وجه إليه بحيث إنه إذا لم يتصل العرض بعلم الموجه إليه فإن الإيجاب لا يقوم قانونا ، وهو شرط تؤكده القواعد العامة التى عرضنا لها آنفا [42].

فإذا توافرت الشرائط السابقة اعتبر العرض إيجابا صالحا لأن يقترن به قبول ، فينعقد العقد · إنما لا يشترط فى الإيجاب كتعبير إرادي أي شكل خاص حتى وإن كان موضوعه يتعلق باقتراح إبرام عقد شكلى·

ومع ذلك فقد أفرز التطور الاقتصادي ، والاجتماعي ، فيما قدمنا عقود الاستهلاك ، وفيها تؤثر صفة المتعاقد ، وهو المستهلك على بعض الأنظمة القانونية التى ترمى إلى حمايته فى مواجهة المهني المحترف · ومن ذلك مثلا ، اشتراط توافر شكل معين فى الإيجاب · وقد تكرس ذلك فى تقنين الاستهلاك الفرنسي [43] بنصه فى المادة ل ١١/٣١١ على أنه يجب فى عقد الائتمان الاستهلاكي أن يسبقه إيجاب يرسل من جانب مانح الائتمان إلى المستهلك المقترض ، شريطة أن يتضمن بيانات عدة إلزامية لإعلام المستهلك بالتزاماته·

وتقضى المادة ل ٣١٢ /٧ ول ٨/٣١٢ من ذات التقنين بخصوص الائتمان العقاري بإلزام المقرض بأن يرسل إلى المقترض ، فى وقت مناسب إيجابا يتضمن بعض البيانات الإلزامية فيما يتعلق بعقد إيجار الأشغال Location-accession وهو الذى يؤدى إلى اكتساب الملكية العقارية ·

---

[41] نقض ١٩٥٨/٣/١٣ / أحكام النقض / س٩ / ص ١٨٦ ·

[42] إلا إذا كان عدم وصول الإيجاب إلى علم من وجه إليه راجعا إلى خطئه – من ذلك نقض ١٩٧٢/١/١٩ / أحكام النقض / س ٢٣/ ص ٦١ ·

[43] الصادر فى ٢٦ يوليه ١٩٩٣ وانظر أستاذي كاليه أولوى : تأثير قانون الاستهلاك على القانون المدني للعقود فى R.T.D.Civ.1994-P.239 .

ثالثا- الإيجاب المحدد ، والإيجاب الموجه للجمهور

الإيجاب فيما قدمنا عرض ، والعرض يستفاد من تعبير إرادي يوجه إلى الغير ، ولا يهم بعد ذلك أن يكون الغير شخصا محددا ، أو غير محدد وفي الأولى يسمى العرض بأنه إيجاب محدد وفي الثانية يسمى بالإيجاب الموجه للجمهور[44] . بما في ذلك عرض البضائع على واجهات المحال التجارية مع تحديد أسعارها ، والنشر عن طريق الصحف ، أو المراسلات ، وعرض السلع أو الخدمات عن طريق التليفزيون أو على شبكة الاتصالات الدولية Internet

ونلفت النظر بأن الإيجاب الموجه للجمهور يقترن عادة بتحفظ يترتب على شرط ضمني هو إلى حين نفاذ الكمية . وتفسير ذلك إذا إفترضنا أن أحد التجار أعلن عن بيع بضائع بكمية محدودة بسعر معين ، لم يكن ملتزما بتقديم البضاعة لكل من يطلبها . فالكمية محدودة ، وهو تحفظ يتفق مع المعاملات .

وفي البيع بواسطة التلفاز أو على شبكة الاتصالات الدولية ،نرى الإعلان عن بيع كمية محدودة ، فيكون الإيجاب في هذه الحالة معلقا على شرط عدم نفاذ الكمية المطلوبة .

وعلى أية حال فإن التحفظ المذكور لا يؤدى إلى عدم اعتبار العرض إيجابا لأنه يتضمن نية جازمة 'Ferme' للموجب في إبرام البيع رغم تعليق الإيجاب على شرط ، فإذا نفذت السلعة سقط الإيجاب .

ويرى البعض – بحق – أنه يجب في تحديد التزام التاجر في هذه الحالة النظر في العلاقة العقدية بينه وبين العملاء الذين يتقدمون إليه بطلباتهم

[44] وليس في التقنين المدني ما ينظم للإيجاب الموجه للجمهور، وقد تكفلت بتقريره وتنظيمه القواعد العامة .

وتفسيرها طبقا للمادة ١٥٠ مدني ، أي بحسب طبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة ، وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف التجارى٠

ومن التحفظات التى نراها عادة فى برامج عرض السلع بالتليفزيون ، أو على شبكة الاتصالات الدولية سريان العرض حتى مدة معينة أو تخفيض الأسعار إلى حين نفاذ الكمية ٠ وهى تحفظات – فيما قدمنا – عمومية لا تعدم الإيجاب ٠ فالقاعدة أن الإيجاب الموجه للجمهور كالإيجاب الموجه لشخص محدد يلزم صاحبه إذا كان جازما ، يتضمن العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه ٠وهو المبدأ الذى صاغته محكمة النقض الفرنسية ، منذ زمن بعيد وسار على هديه القضاء المصري [45]٠

وننبه على أن الإيجاب عندما يتعلق باعتبارات شخصية Intitus-Personae أي حيث يحتفظ الموجب بحقه فى اختيار شخص المتعاقد معه ، فلا يكون الموجب ملزما بالتعاقد مع أي شخص يتقدم إليه ،بل يحتفظ لنفسه ضمنا بحق اختيار المتعاقد معه وهو ما يحدث عادة فى عقود العمل أو الشركة ٠

والمعنى ، أن صاحب العمل الذى يعرض استخدام عمال فى مصنعه بأجر معين ، لا يوجه إيجابا جازما لأنه يحتفظ لنفسه بالحق فى الاختيار من بين المتقدمين المتعددين٠ وبالتالي فعقد العمل لا ينعقد بمجرد تقدم شخص معلنا موافقته على قبول العرض بالأجر المحدد ٠ وإنما لابد من موافقة صاحب العمل على هذا الشخص بالذات ، وبغير ذلك لا يتسنى لنا اعتبار هذا العرض إيجابا ٠

---

[45] فى الإيجاب المقترن بتحفظ إلى حين نفاذ الكمية – محكمة السين ٢٠ فبراير ١٩٥٢ / دالوز/ ١٩٥٢ / ص ٢٥٣ – محكمة اكس ٦ ديسمبر ١٩٦٨ – منشور فى المجلة الفصلية للقانون المدني ١٩٦٩/ ص ٣٥٣ ملاحظات كورنو ٠

رابعاً - أثر الإيجاب وقوته الملزمة

- وضع المسألة:

قدمنا بأن الإيجاب بذاته غير ملزم طالما أنه لم يتصل بعلم من وجه إليه وقلنا أن اتصال الإيجاب بعلم من وجه إليه شرط لإنتاج الإيجاب أثره بحيث لو اقترن به قبول مطابق انعقد العقد ،

وإنما يثور التساؤل، إذا اتصل الإيجاب بعلم من وجه إليه، ولم يصدر قبول بعد، هل يلتزم الموجب بالبقاء على إيجابه أم يكون له مع ذلك العدول عنه طالما لم يصدر قبول بعد من الطرف الآخر ؟

والتساؤل عن أثر الإيجاب ومدى قوته الملزمة لا ينشأ في المرحلة التي لم يتصل فيها الإيجاب بعلم من وجه إليه لأن الإيجاب بوصفه تعبيرا إراديا لا يتحقق له وجود فعلى قبل اتصاله بعلم من وجه إليه ،

كذا فهو تساؤل لا يقوم فى المرحلة التى اتصل فيها الإيجاب بعلم من وجه إليه ، بحيث اقترن به قبول مطابق ، لأن العقد فى هذه الحالة يكون قد انعقد فعلا ،

ولكن التساؤل عن أثر الإيجاب وقوته الملزمة يثور فى المرحلة التى اتصل فيها الإيجاب بعلم من وجه إليه ، ولم يصدر قبول مطابق من الأخير بعد فهل يلتزم الموجب بالبقاء على إيجابه بحيث لا يجوز له الرجوع فيه ؟ أو يحرم الموجب من القدرة على الرجوع أو عن العدول عن إيجابه طالما اتصل بعلم من وجه إليه ؟

التسليم بالخيار الأول يعنى أن الإيجاب ملزم لصاحبه، وبالخيار الثاني يعنى أن الإيجاب غير ملزم للموجب ،

ولا نسلم بالأول لأنه يجعل الإيجاب قيدا على حرية الشخص وتصرفه كما لا نسلم بالخيار الثاني على إطلاقه لأنه لو أجيز للموجب الرجوع عن

إيجابه فى جميع الحالات ،فسوف يترتب على ذلك الإخلال بالثقة ، وبالاستقرار فى المعاملات ، ولن يستطيع شخص الاعتماد على أي إيجاب يوجه إليه وهو يعلم أن لصاحبه العدول عنه بصورة عامة ومطلقة •

وقد تبنى التقنين المدني الموقف الذى سبق أن انتهى إليه القضاء الفرنسي بأن الإيجاب فى الأصل غير ملزم لصاحبه ، بحيث يتسنى له الرجوع عنه أو العدول فيه برغم اتصاله بعلم من وجه إليه ، طالما لم يصادف قبولا مطابقا •

والمعنى أن القاعدة فى التقنين المدني أن الإيجاب غير ملزم حتى وإن اتصل بعلم من وجه إليه • ولا يحرم الموجب من القدرة على الرجوع فى إيجابه ، أو العدول عنه •

واستثناء من القاعدة المذكورة يعتبر الإيجاب ملزما فى حالة واحدة ورد النص عليها بالمادة ٩٣ مدني بقولها : إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد ،وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أومن طبيعة المعاملة •وأخذا بمفهوم المخالفة فإن الإيجاب في غير هذه الحالة لا يكون ملزما ويكون للموجب أن يرجع في إيجابه •

وعلى ذلك يلتزم الموجب استثناء من الأصل بالبقاء على إيجابه إذا كان عين ميعادا للقبول • ولا يهم بعد ذلك أن يكون تحديد ميعاد القبول قد تم صراحة أو ضمنيا • ولا صعوبة بالنسبة لتعيين موعد أو مهلة للقبول صراحة ، حيث يظل الإيجاب قائما مادام الميعاد لم ينقض ، فلا يجوز للموجب الرجوع فيه أو العدول عنه ومثال التحديد الصريح أن يعرض شخص على آخر أن يبيعه عقارا بثمن محدد ويترك مهلة أسبوع ليتدبر أمره في قبول أو في رفض الصفقة •
وإنما تثور الصعوبة إذا لم يحدد الموجب مدة الإيجاب صراحة ، فيمكن مع ذلك أن تستخلص المدة ضمنا من ظروف الحال أومن طبيعة المعاملة • ومن ذلك مثلا فى البيع بشرط التجربة ، حيث يقترن الإيجاب بمدة معينة تستفاد ضمنيا

من طبيعة المعاملات ، هو الوقت اللازم للتجربة ، وبذا يظل الموجب ملزما بإيجابه المدة اللازمة لتجربة البيع .

وإذا عرض شخص أرضه الزراعية للبيع ، فإن الإيجاب يتضمن بحسب طبيعة المعاملة التزام الموجب بالبقاء على إيجابه المدة اللازمة لمعاينة الأرض المبيعة.

وقد كان نص المادة ١٢٠ من المشروع التمهيدي للقانون المدني يقضي بأن كل من صدر منه إيجاب يلتزم بإيجابه ما لم يصرح بأنه غير ملزم أو ما لم يتبين من ظروف الحال أو من طبيعة التعامل أنه لم يقصد أن يلتزم بإيجابه . . . وحذف النص في لجنة المراجعة اكتفاء بالنص الذى ورد بعد ذلك بالمادة ٩٣ مدني .وفى كل الحالات فإن استخلاص التحديد الضمنى لميعاد القبول طبقا لما تدل عليه ظروف المعاملة، وطبيعة التعاقد من مسائل الواقع التى يترك تقديرها لقاضى الموضوع .

ونلفت النظر بأنه إذا كان الأصل فى التقنين المدني أن الإيجاب غير ملزم للموجب حتى وإن اتصل بعلم من وجه إليه و أنه استثناء من الأصل يكون الإيجاب ملزما ولا يجوز الرجوع عنه إذا اقترن الإيجاب بمدة صريحة، أو ضمنية . ومع ذلك فإن الحالات التى يقوم فيها الإيجاب غير ملزم للموجب نادرة عملا ذلك أن المادة ٩٤ مدني تقضى بأنه إذا صدر الإيجاب فى مجلس العقد دون أن يعين ميعاد للقبول ، فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورا . وكذا الحال إذا صدر من شخص إلى آخر بطريق التليفون أو بأي طريق آخر مماثل .

والمعنى أنه إذا تم التعاقد بين حاضرين فإن الإيجاب يسقط إذا لم يلحقه قبول فوري ، وبالتالي لا يظل الموجب ملتزما بالبقاء على إيجابه ، فيسقط الإيجاب . وإذا كان التعاقد بين غائبين فإن توجيه الإيجاب لغائب يعنى أن الموجب قصد

أن يبقى ملزما بالإيجاب لمدة معينة هى المدة اللازمة لوصول الإيجاب إلى الموجب له ووصول رد الثاني إلى الأول مضافا إليها فترة زمنية مناسبة ليتدبر الموجب له أمره بقبول الإيجاب أو رفضه ٠

وإجمالا فإما أن يوجد إيجاب يلزم الموجب بالبقاء عليه لمدة معينة صراحة أو ضمنا ، طبقا لظروف الحال ، أو طبيعة التعامل أوفى التعاقد بين غائبين ٠ وإما ألا يوجد إيجاب يلزم الموجب بالبقاء عليه لمدة ، حيث يسقط فورا إن كان التعاقد بين حاضرين ولم يصادف قبولا فوريا من الطرف الآخر وهو ما نوضحه على النحو الآتي :

سقوط الإيجاب:

نسارع للتنويه من البداية بأن سقوط الإيجاب مشكلة لا تثور إلا إذا كنا بصدد إيجاب اتصل بعلم من وجه إليه ، ولا يهم أن يكون ملزما أم غير ملزم ٠٠٠ فهل يظل هذ الإيجاب إلى ما لا نهاية ، أم أنه يوجد أسباب لسقوط الإيجاب ؟؟ والإجابة عن التساؤل المطروح تكتسب أهمية خاصة لأن الإيجاب إذا سقط، ثم جاء القبول بعد ذلك، فإن العقد لا ينعقد، وإنما يعتبر القبول المتأخر إيجابا جديدا لا ينعقد به العقد إلا إذا لحقه قبول من صاحب الإيجاب الساقط ٠

وحقيقة الأمر أن الإيجاب سواء كان ملزما أو غير ملزما لا يظل إلى الأبد بل يسقط إذا لم يلحقه قبول ٠ وإن اختلفت حالات سقوط الإيجاب الملزم عن الإيجاب غير الملزم على النحو الآتي:-

سقوط الإيجاب الملزم:

يكون الإيجاب ملزما فيما رأينا ، إذا اقترن به ميعاد صريح أو ضمني ، أو إذا وجه إلى شخص غائب ، ويسقط إذا لم يلحقه قبول فى الحالات الآتية :-

١. إذا رفض الموجب له الإيجاب ، وقد يكون الرفض جازما أو يكون فى صورة تعديل فى الإيجاب ، وقد يكون إيجاباً جديدا يعارض أو يناقض الإيجاب الأول – مادة ٩٦ مدنى.
٢. ويسقط الإيجاب الملزم أيضا بانقضاء المدة التى اقترن بها صراحة أو ضمنيا :
٣. كما يسقط الإيجاب إذا رجع الموجب عنه وذلك في الحالة التى لا يكون فيها الإيجاب مقترنا بميعاد للقبول .

سقوط الإيجاب غير الملزم :

ذكرنا أن الحالات التى يكون فيها الإيجاب غير ملزم للموجب نادرة ، ولا تكون سوى فى التعاقد بين حاضرين جمعهما مجلس العقد ، وهو يسقط فى الحالات الآتية :

١. إذا رفضه من وجه إليه بأية صورة من صور الرفض .
٢. إذا عدل الموجب عن إيجابه قبل صدور القبول من الطرف الآخر .
٣. إذا لم يصدر القبول قبل أن ينفض مجلس العقد ، أي ولو لم يرجع الموجب فى إيجابه .
٤. وثمة حالة خاصة يسقط فيها الإيجاب فى المزايدات ، وفى المناقصات وذلك عن طريق التقدم بعطاء جديد يزيد على العطاء الأول فى المزايدات أو ينقص عنه فى المناقصات .

ويبقى أن نوضح أن سقوط الإيجاب فى أية حالة من الحالات السابقة يجعل القبول الذى يصدر بعده عديم الجدوى فى انعقاد العقد . ومع ذلك يصح اعتبار القبول المتأخر أي اللاحق لسقوط الإيجاب بمثابة قبول جديد موجه لمن يصدر ضده الإيجاب الأول أي الذى سقط ، فإذا قبله انعقد به العقد فيما يعرف بمبدأ القبول بعد سقوط الإيجاب ، إيجاب جديد .

أساس القوة الملزمة للإيجاب :

إذا كان الإيجاب ملزما على ما ورد بنص المادة ٩٣ مدني أى عندما يقترن بمدة محددة يلتزم الموجب خلالها بالبقاء على إيجابه فإن التساؤل يثور عن أساس القوة الملزمة للإيجاب ؟

الواقع أن المسألة خلافية في الفقه ، فالبعض على أن الموجب الذى قرن إيجابه بمدة معينة دون أن يستطيع سحبه أو نقصه إنما يلزم نفسه استنادا إلى إرادته المنفردة ٠

فيما اتجه البعض الآخر إلى فكرة العقد الايتدائى وهو عقد يسبق العقد الأصلي للقول بأن من يصدر إيجابا يقترن بمدة معينة ، فالحقيقة أنه يصدر نوعين من الإيجاب الأول هو الإيجاب بالعقد الأصلي (بيع – إيجار – مقاولة -) والثاني إيجاب بعقد سابق عليه مضمونه تعهد الموجب بالبقاء على إيجابه بالعقد الأص لي المدة التى حددها ٠ وهذا الإيجاب الأخير يلحقه قبول ضمني لمن وجه إليه بالسكوت بوصفه يتمخض عن منفعة خالصة له وبالتالي ينعقد العقد السابق على العقد الأصلي ، وموضوعه التزام الموجب بالبقاء على إيجابه المدة التى حددها ، بحيث لا يجوز له الرجوع فيه٠

بينما يرى فريق ثالث، بأن رجوع الموجب عن إيجابه قبل انقضاء المدة المحددة ، يعتبر من جانبه عملا غير مشروع يستتبع مسئوليته المدنية بتعويض الطرف الآخر عن الأضرار التى لحقته جراء الرجوع فى الإيجاب قبل انقضاء المدة المحددة لذلك ٠ وخير تعويض – فى هذا الفرض – هو إلزامه بالعقد الأصلي ، إذا صدر قبول بطبيعة الحال لمن وجه إليه الإيجاب فى الموعد المحدد ٠

والراجح أن الإرادة المنفردة هى أساس القوة الملزمة للإيجاب ٠ فالموجب يلتزم بالبقاء على إيجابه المدة التى حددها لا لشيء إلا لأنه أراد إلزام نفسه بها ،

ومتى كان الإيجاب ملزما على هذا النحو لا يكون للموجب أن يرجع عنه خلال مدة إلزامه ٠ فإذا رجع فى إيجابه قبل انقضاء المهلة لا يعتد برجوعه ، بحيث يظل الإيجاب قائما يمكن أن ينعقد به العقد إذا صادفه قبول مطابق ٠

وقد كرس المشرع المصري نظرية الإرادة المنفردة كأساس يفسر التزام الموجب بالبقاء على إيجابه إذا اقترن بمدة صريحة أو ضمنية بنص المادة ٩٣ مدني [٤٦] ، فاعتبرت الإرادة المنفردة فى هذه الحالة مصدراً من مصادر الالتزام

ويخلص من كل ما سبق بأن الموجب قد يحدد مهلة صريحة يظل مرتبطا بإيجابه خلالها ، كأسبوع ، أو شهر ٠ وقد يكون تحديد المهلة ضمنيا ، بحيث يستفاد من ظروف الحال ، أو طبيعة المعاملة ٠ وفى الحالتين فإن القوة الملزمة للإيجاب أى المقترن بميعاد، وفقا لنص القانون على إرادة الموجب المنفردة [٤٧] ٠

---

[46] ونصها إذا عين ميعاد لقبول التزام الموجب بالبقاء على إيجاب إلى أن ينقضي هذا الميعاد – وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة ٠

[47] وانظر عبد الفتاح عبد الباقى / ص ١٣٠/ جمال زكى / ص ٨١

المحور الثاني- تعريف القبول وأثره

أولاً: القبول

هو التعبير البات عن إرادة من وجه إليه الإيجاب بالموافقة على هذا الإيجاب وبه يتم العقد • وتنبه ، بأن من عرض عليه إيجاب معين ليس ملزما بأن يرد بالقبول أو بالرفض ،بل يمكن أن يتركه يسقط ، فيما يعرف بحرية القبول • وبذا فلا مسئولية على من يرفض الإيجاب المعروض عليه ما لم يرتكب خطأ ما • كذا فإن قطع المفاوضات بدون مبرر جدي أو مشروع يرتب مسئولية من دعا إليها[48] • وقد كان ثمة نص بالمشروع التمهيدي للقانون المدني يخول [49] لمن وجه إليه الإيجاب أن يرفضه ما لم يكن قد دعا إليه ، فلا يجوز في هذه الحالة أن يرفض التعاقد إلا إذا استند إلى أسباب مشروعة • وقد حذف النص في لجنة المراجعة ، باعتباره مسألة تفصيلية يمكن إعمالها بدون حاجة إلى نص ، وهو ما عليه الفقه والقضاء في الوقت الحالي •

كذا ، فحرية القبول لا تعني التعسف في رفض الإيجاب من ناحية الموجه له

ويعتبر الشخص متعسفا ، إذا رفض الإيجاب لمجرد الإساءة أو الإضرار بالموجب . بما في ذلك مثلا أن يرفض صاحب الدعوة استخدام عامل استنادا إلى عقيدته الدينية ، أو مذهبه السياسي •

وفي حالة دعوة الجمهور إلى التعاقد ،كما هو الحال بخصوص أصحاب الفنادق ، والمطاعم ، والمحلات العامة ، لا يكون للموجب أن يرفض التعاقد مع من يتقدم إليه من الجمهور للإقامة ،أو لتناول الطعام أو لشراء السلع ، إذا لم يوجد مبرر للرفض ، ومن ذلك مثلا عدم توفر الخدمة ، أو السلعة أو نفاذها •

---

[48] ويحد من مبدأ حرية القبول حالات الإجبار القانوني على التعاقد بما في ذلك مثلا التأمين الإجباري عن المسئوليةعن حوادث السيارات، والتأمين الإجباري على المباني •

[49] المقصود نص م ١٣٦

فإذا لم يكن الرفض لمبرر مشروع ، التزم صاحب الدعوة بتعويض الموجب عن الضرر الذى لحقه جراء الرفض • وهو تعويض يقوم علي المسئولية التقصيرية لا التعاقدية ، فليس ثمة عقد قد انعقد • وتفسير ذلك أن الدعوة إلى التعاقد فى الحالات السابقة ليست إيجابا ، وأن الاستجابة إلى هذه الدعوة هى التى تعتبر إيجابا

ونذكر بالملاحظتين الآتيتين:

الأولى بأنه إذا صدر القبول ، وقبل أن يصل إلى علم الموجب مات القابل أو فقد أهليته ، فلا تأثير لذلك علي القبول بحيث أن العقد ينعقد بوصول القبول إلى علم الموجب ، حتى ولو تم ذلك بعد وفاة القابل أو بعد فقد أهليته • أخذا من قاعدة أن التعبير عن الإرادة ينفصل عن صاحبه بمجرد صدوره ، فلا تؤثر فيه ظروف لاحقة من الموت أو فقد الأهلية وهى قاعدة مستمدة فيما رأينا من نص المادة ٩٢ مدني •

والثانية إذا أبرم العقد عن طريق المزايدة بما في ذلك البيوع الجبرية عن طريق القضاء أو عن طريق الإدارة – فإن إعلان الإدارة في التعاقد عن هذا الطريق مجرد دعوة إلى التعاقد • أما الإيجاب فهو التقدم بالعطاء الذي يسقط بعطاء يزيد عليه ولو كان باطلا • أما القبول فهو إرساء المزاد على من يتقدم به •

ثانياً – أثر القبول :

لا يرتب القبول أثره بانعقاد العقد بمجرد صدوره ممن وجه إليه الإيجاب بل يلزم فوق ذلك أن يصدر القبول والإيجاب لم يزل قائما لم يسقط بعد ، وأن يكون القبول مطابقا للإيجاب ، وأن يتصل بعلم الموجب • فإن تخلف أي من الشروط المذكورة ، لا يرتب القبول أثره من حيث انعقاد العقد •

٣- صدور القبول والإيجاب لم يسقط بعد :

القبول فيما قدمنا يجب أن يصدر قبل سقوط الإيجاب يستوي فى ذلك أن يكون الإيجاب ملزما أم غير ملزم ٠ فإذا تأخر صدور القبول حتى سقط الإيجاب فإن العقد لا ينعقد ٠

والقبول المتأخر وإن لم يكف لانعقاد العقد إلا أنه ليس عديم الجدوى إذ يصح اعتبارة بمثابة إيجاب جديد يوجه إلى الطرف الآخر، بحيث لو قبله ينعقد العقد فإن رفضه لا ينعقد ٠

٢- أن يكون القبول مطابقا للإيجاب :

إذا صدر القبول والإيجاب لا يزال قائما لم يسقط بعد ، فإن ذلك وحده غير كاف لانعقاد العقد ٠ بل يتعين فوق ذلك أن يكون القبول مطابقا للإيجاب فى كل المسائل التى تضمنها ، حتى ولو كانت ثانوية وإلا لا ينعقد العقد والمعنى أنه إذا صدر الإيجاب مشتملا على جميع المسائل موضوع العقد المقصود أي الجوهرية ، والثانوية ، تعين أن يصدر القبول مطابقا للإيجاب ليس فقط فى المسائل الجوهرية ، بل والثانوية كذلك وعليه ، إذا اشتمل الإيجاب بالبيع على تحديد المبيع ، وثمنه ، ومكان تسلمه ومكان تسليم الثمن ، وجب أن يتضمن القبول جميع هذه المسائل ٠

وقد كان نص المادة ١٣٧ من المشروع التمهيدي للقانون المدني يقضى بأن العقد لا يتم ما لم يتفق الطرفان على جميع المسائل التى تفاوضا فيها بشأن هذا العقد ٠ أما الاتفاق على بعض المسائل ، فلا يكفى لإلتزام الطرفين حتى لو اثبت هذا الاتفاق فى ورقة مكتوبة ٠

وحذف النص فى لجنة المراجعة اكتفاء بالقواعد العامة التى تقضى بوجوب مطابقة القبول للإيجاب فى جميع المسائل التى تضمنها ٠ ولأن الموجب فى تحديده للمسائل الثانوية يكون قد أنزلها منزلة المسائل الجوهرية ٠

وأخذا من نص المادة ٩٥ مَدني إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية فى العقد ، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ، ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها ، فيعتبر العقد فقد تم ٠ وإذا قام خلاف على المسائل التى لا يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضى فيها طبقا لطبيعة المعاملة ، ولأحكام القانون والعرف والعدالة والمتأمل بالنص المذكور يرى بأن حكمه لا ينطبق إلا إذا احتفظ أطراف العقد بالمسائل التفصيلية لاتفاق لاحق فإن تبين أنها كانت موضوعا للتفاوض ولم يتم التوصل بشأنها إلى اتفاق فإن العقد لا ينعقد ٠

كذا ، والمقصود بالمسائل الجوهرية فى العقد المقصود إبرامه المبيع والثمن مثلا فى عقد البيع – وأجرة الإيجار ، والعين المؤجرة فى عقد الإيجار ٠ ومبلغ التأمين ، أو قسطه ، والخطر المؤمن منه حتى عقد التأمين ٠٠٠ الخ ٠أما المسائل الثانوية فهى مثلا مكان تسليم المبيع، في عقد البيع، وميعاد الوفاء بالأجرة في عقد الإيجار ٠٠٠ ونحو ذلك٠

وأخيرا ، فإن الحكم الوارد بالنص ينطبق شريطة ألا يتفق الطرفان أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق على تلك المسائل الثانوية ٠ وتفسير ذلك أن النص على انعقاد العقد برغم تعليق الاتفاق على المسائل الثانوية يخالف القواعد العامة ٠ ويمكن مع ذلك استبعاد القاعدة العامة التى تقضي إلى عدم إتمام العقد فى هذه الحالة إذا اتفق الطرفان على أن العقد ينعقد برغم عدم الاتفاق مسائله الثانوية إذ يدل هذا الاتفاق يدل على أن الأطراف لا تعير هذه المسائل التفصيلية أهمية بحيث تحول دون انعقاد العقد٠

وبعبارة أخرى ينعقد العقد بتطابق الإرادتين بشأن المسائل الجوهرية ويكون على العاقدين الاتفاق لاحقا على المسائل التفصيلية التى لم يتفقا عليها عند إبرام العقد ، فإن اختلفا بشأنها لاحقا فإن هذا الاختلاف لا يؤثر على العقد

وقد أنيط بالقضاء البت في أمر هذه المسائل التفصيلية طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون ، وللعرف ، والعدالة [50] •

وبذا تتسع سلطة المحكمة فلا تقتصر على تفسير إرادة المتعاقدين بل تمتد إلى حد استكمال ما نقص منها [51] •

ونلفت النظر ، بأنه إذا صدر القبول غير منجز أي معلقا على شرط أو مقترنا بأجل فإنه يعتبر كالقبول المتأخر ، بمثابة إيجاب جديد ، إذا قبله الموجب الأصلي ، انعقد به العقد •

وتأكيدا لذلك ، وتفصيلا له نصت المادة ٩٦ مدني على أنه إذا اقترن القبول بما يزيد في الإيجاب ، أو يغير منه ، أو يعدل فيه اعتبر رفضا يتضمن إيجابا جديدا •

ومثال ذلك أن يعرض شخص على آخر تأجير عقار لمدة سنة بأجرة شهرية قدرها خمسمائة جنيه ، فيوافق الأخير على إيجار العقار بهذه الأجرة لمدة ستة أشهر ،فيقبل المؤجر هذا التعديل في مدة الإيجار ، فإن العقد ينعقد على أساس أن القبول المخالف إيجاب جديد ، وبأن الموجب الأصلي قد قبله •

بقى أن نوضح بأنه في المزايدات وفي المناقصات وهي مجرد دعوة إلى التعاقد • فإن العرض أو العطاء الذي يتقدم به الراغب في المزايدة أوفي المناقصة لا يعتبر قبولا بل هو إيجاب لا ينعقد به العقد إلا برسو المزاد أو برسو العطاء باعتبار أنه قبول •

[50] ولذا يضيف المادة ٩٥ مدني على أنه أحد الحالات التي يتدخل فيها القاضي ليس لتفسير عبارات النص أو إضفاء الوصف القانوني الذي يتضمنه ، وإنما لاستكمال ما نقص من إرادة المتعاقدين •

[51] وانظر أحمد السعيد الزقرد / أسس تقدير الثمن وفقا لنص م ٤٥٩ مدني كويتي المعدلة بالقانون رقم ١٩٩٦/١٥ – دراسة انتقادية مقارنة / مجلة الحقوق / عدد خاص / يونيه ١٩٩٨ •

٣- اتصال القبول بعلم الموجب :

القبول فيما رأينا هو تعبير عن الإرادة، وأخذا من نص المادة ٩١ مدني، فإنه لا ينتج أثره إلا منذ الوقت يتصل فيه بعلم من وجه إليه، وبذا يجب أن يتصل القبول بعلم الموجب وإلا لا ينعقد العقد ٠

وتفريعا على ذلك ، فقبل علم الموجب بالقبول ، يكون للقابل الرجوع فى قبوله ، أو العدول عنه دون تثريب عليه فى ذلك أما إذا علم الموجب بالقبول فإن العقد ينعقد ، ولا يكون للقابل الرجوع فيه ولا العدول عنه وإلا عد ذلك خرقا لقاعدة القوة الملزمة للعقود ٠ وإنما يثور التساؤل فى الفرض الذى يتوفى فيه الموجب أو يفقد أهليته قبل أن يصل القبول فى علمه فهل ينعقد العقد ؟ [٥٢]٠
إن الإجابة على التساؤل المطروح ،قسمت الفقه فيما قدمنا إلى قسمين البعض على أن العقد لا ينعقد على سند من القول بأن الوفاة أو فقد الأهلية تحول دون وصول القبول إلى علم الموجب [٥٣] والبعض [٥٤] على أن القبول بصدوره عن صاحبه ينفصل عنه ويكون له كيان ذاتي لا يؤثر فيه وفاة الموجب ، أو فقد أهليته ٠ فينعقد العقد باتصال القبول بعلم ورثة الموجب فى حالة الوفاة ، أو بعلم من ينوب عنه قانونا فى حالة فقد الأهلية ٠ ولا يغير من ذلك سوى أن تكون شخصية الموجب محل اعتبار فى التعاقد ، حيث لا يكون لورثته ، ولا لمن ينوب عنه قانونا القبول ، وبذا لا ينعقد العقد ٠

---

[52] وهو فرض يثور عملا فى التعاقد بين غائبين
[53] السنهوري / ص ٢٠١ ـ سليمان مرقس / ص ٦٥ وبعدها ٠
[54] جميل الشرقاوى / ص ٢٧٩ ٠

المحور الثالث - اقتران الإرادتين

تمهيد وتقسيم:

يثير اقتران الإرادتين في الواقع أسئلة تدور حول زمان انعقاد العقد ؟ ومكانه ؟ وللإجابة عنها يتعين التفرقة بين التعاقد بين حاضرين، والتعاقد بين غائبين ·

أولا- زمان انعقاد العقد

انتهينا إلى أن العبرة فى انعقاد العقد ليست بصدور القبول ، خلال الفترة التى يظل فيها الإيجاب قائما لم يسقط بل وإنما العبرة بوصول هذا القبول إلى علم الطرف الآخر ، أخذا من قاعدة أن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إلا إذا اتصل بعلم من وجه إليه ·

وتفريعا على ذلك ، إذا اقترن الإيجاب بأجل صريح أو ضمني ، يجوز طوال مدته صدور القبول واتصاله بعلم الموجب ، لينعقد العقد وإذا لم يقترن الإيجاب بأجل وكان التعاقد بين حاضرين فى مجلس واحد ، يجوز أن يصدر القبول ، ويتصل بعلم الموجب وينعقد العقد مادام المجلس مازال قائما ·

وتحديد زمن انعقاد العقد يكتسب أهمية من نواح عدة ، أخصها أن العقد ينتج أثره فى مواجهة عاقديه بمجرد انعقاده ، لذا فالتساؤل عن وقت انعقاد العقد يرتبط بمعرفة الوقت الذى ينتج فيه العقد أثره من حقوق والتزامات فى مواجهة طرفيه ·

كما أن تحديد نطاق تطبيق القوانين الجديدة على العقود يتوقف على تاريخ انعقادها · وبذا فإن تحديد وقت انعقاد العقد يرتبط بتحديد ما إذا كان يخضع للقانون الجديد أم لا · ومن المسلم به أن القانون الجديد لا ينطبق إلا على العقود التى أبرمت فى وقت لاحق للعمل به · أما العقود التى تبرم قبل العمل بالقانون

الجديد ، فإنـه لا ينطبـق عليهـاً فيمـا يتعلـق بأركـان انعقادهـا ، ولا بشـرائطها صحتها ، ولا فيما يتعلق بآثارها التى لا تتصل بالنظام العام ٠

وأخيرا فإن تحديد زمن العقد يرتبط به تحديد الآثار التى تترتب على استحالة تنفيذ الالتزامـات الناشـئة عنـه ٠ وتختلـف هـذه الآثـار بحسـب مـا إذا نشـأت الاستحالة قبل انعقاد العقد ، أو بعد انعقاده ٠

فإذا كـان زمـن انعقـاد العقد يكتسب أهميتـه مـن الزوايـا الثلاث وتحديـد هذا الزمان يختلف بحسب مـا إذا كـان التعاقد بين حاضـرين أو بين غـائبين ٠ فإننـا نعرض للمسألتين على النحو الآتى:

ثانياً - التعاقد بين حاضرين " مجلس العقد "

نص وتعليق

تقضـى المـادة ٩٤ بأنـه إذا صـدر الإيجـاب فـى مجلس العقد ، دون أن يعـين ميعاد للقبول ، فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورا وكذلك الحال إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق التليفون ، أو بـأي طريـق مماثل ٠

ومع ذلك يتم العقد ، ولو لم يصدر القبول فورا إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه فى الفترة ما بين الإيجاب والقبول ، وكان القبول قد صدر قبل أن ينقض مجلس العقد ٠

والمقصود بمجلس العقد [٥٥]، المكان الذى يضم المتعاقدين فـي نفس المكـان والزمـان بحيـث يسـمع أحـدهما كـلام الآخرمباشـرة ويمكن تصـور هذا المكـان واقعيا ، كما يمكن تصوره حكميا كما هو الشأن فى التعاقد بطريق الهاتف أو

[55] اصطلاح شرعى، قال به الفقه الاسلامى، وأخذ به التقنين المدني وفرق بين مجلس العقد في الفقه الاسلامى وهو وحده شرط لإنعقاد العقد والقانون المدني الذي لا يجعل من المجلس وحده شرطا لإنعقاد العقد ٠

بوسائل الاتصال الحديثة كالتعاقد بطريق التليفون ، وبواسطة شبكة الاتصالات الدولية INTERNET ، بافتراض توافر الشرائط الأخرى .

ولا يكفي لقيام مجلس العقد ، أن يضم المتعاقدين مكان واحد حقيقة ، أو حكما بل يجب ألا يشغلهما عن التعاقد أي شاغل آخر ، وإلا ينعقد العقد ، ولو كانا في مكان واحد .

فإذا تم التعاقد بين حاضرين – على النحو الذى بسطناه – فإن العقد ينعقد فى الوقت الذى يقترن فيه التعبير عن القبول مع التعبير عن الإيجاب ، والعلم بالقبول يتم فى الحقيقة فى نفس وقت صدوره لأن المتعاقدين حاضرين .

والمعنى أن للموجب العدول عن إيجابه أو الرجوع فيه إذا لم يصدر القبول فورا ، طالما أنه لم يعين ميعادا للقبول فإذا لم يعدل الموجب ، وظل المجلس قائما لم ينقض ، فإن الإيجاب يظل كذلك قائما إن لحقه قبول ، مطابق انعقد به العقد والعكس .

٢- التعاقد بين غائبين" التعاقد بالمراسلة "

نصت م ٩٧ مدني على أن التعاقد بين الغائبين يتم فى الزمان الذى يعلم فيه الموجب بالقبول ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك .

ومن قبل نصت المادة ٩١ مدني على أن التعبير عن الإرادة ينتج أثره من الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه ، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما يقم الدليل على عكس ذلك .

وبحمل نص المادة٩١ على نص المادة ٩٧ يكون المشرع قد حسم مسألة تحديد وقت انعقاد العقد بين غائبين، وهو وقت علم الموجب بالقبول .

ولما كان العلم واقعة مادية ، فإنه يجوز إثباته بجميع طرق الإثبات بما فى ذلك البينة وشهادة الشهود . ومع ذلك ، فقد أقام المشرع قرينة بسيطة جعل

بمقتضاها وصول القبول إلى الموجب دليلا على علمه به إنما يجوز للموجب إثبات عكس هذه القرينة .

وباختيار المشرع المصري لمذهب العلم بالقبول ، يكون قد حسم مسالة أثارت الجدل فى الفقه والقضاء فى فرنسا ، حيث توزعت الآراء على مذاهب عدة هى إعلان القبول وتصدير القبول ، وتسلم القبول والعلم بالقبول ، على التفصيل الآتي :

أ- مذهب إعلان القبول:

يقوم مذهب إعلان القبول على أن العقد يتم بمجرد صدور القبول أي إعلانه . وبذا يمكن للقابل بمجرد إعلان قبوله أو صدوره أن يطمئن إلى إتمام العقد .

ويقوم المذهب على حجتين : الأولى عملية ، وهى أن مقتضيات التعامل تقوم على السرعة والثقة بين العاقدين ، الأمر الذى يتغياه مذهب إعلان القبول . والثانية حجة قانونية مفادها أن العقد يتم بتوافق إرادتين أي أن المهم أن يصدر القبول مطابقا للإيجاب ، دون اشتراط علم المتعاقد الآخر ، أو عدم علمه . ويؤخذ على مذهب إعلان القبول :

أولا : أن العقد لا ينعقد بتطابق إرادتين بل بتعبير طرفيه عن إرادتين متطابقتين بما يستتبع بالضرورة اتصال القبول بعلم الموجب حتى ينتج القبول أثره من حيث انعقاد العقد .

ثانيا : أن إعلان القبول بجعل انتقاد العقد تحت رحمة القابل الذى يمكنه وحده إثباته ، أو إنكاره ، بما يزعزع الثقة والاستقرار فى المعاملات المدنية.

ب- مذهب تصدير القبول:

يقوم المذهب على أن العقد لا ينعقد بمجرد صدور قبول متطابق ، كما هو الحال فى نظرية إعلان القبول ، وإنما بتصدير هذا القبول فعلا للموجب ، بتسليم البرقية مثلا للمكتب المختص ، أو بإرسالة بخطاب فى البريد ... ونحو

ذلك ويلاحظ أن تصدير القبول مرحلة أبعد من مجرد إعلانه حيث يضيف واقعة مادية لا تجعل أمر انعقاد العقد فى قبضة القابل ٠

ومردود على ذلك بأن تصدير القبول يجعل انعقاد العقد أمر متوقف على مخض إرادة القابل ، الذى يمكنه مثلا استرداد الرسالة قبل وصولها وبالتالي فتصدير القبول لا يضيف شيئا فى الواقع ٠

ج – نظرية وصول القبول:

لا يكفى إعلان القبول ولا تصديره لانعقاد العقد فى التعاقد بين غائبين بل يلزم فوق ذلك وصوله إلى الموجب سواء علم به أم لم يعلم به ٠

ويجنح على مذهب وصول القبول بأنه يقوم على واقعة مادية ليس لها أية دلالة قانونية ، حيث أنه بذاته غير قاطع على علم الموجب به ، وبالتالي لا يتحقق اتصاله بعلم من وجه إليه وبذا ، لا ينعقد العقد ٠

٤- نظرية العلم بالقبول :

تقوم هذه النظرية على أن القبول لا ينتج أثره إلا إذا اتصل بعلم من وجه إليه ويعتبر وصول التعبير عن الإرادة قرينة بسيطة على العلم به بحيث يجوز للموجب إثبات عكس القرينة بإقامة الدليل على أنه لم يعلم بالقبول رغم وصوله إليه لغياب أو لمرض ٠٠٠ ونحو ذلك ٠

ثانياً- مكان انعقاد العقد:

مكان انعقاد العقد كزمانه ، يختلف تحديده بحسب ما إذا تم التعاقد بين حاضرين أو بين غائبين ، ففي الأول يعتبر العقد مبرما فى المكان الذى تبادلّ فيه الطرفان التعبير عن الإيجاب والقبول فيما يسمى بمجلس العقد ٠

وفى التعاقد بين غائبين يعتبر العقد مبرما فى المكان الذى علم فيه الموجب بالقبول ٠٠٠ وقد انتهينا بأن وصول التعبير عن الإرادة بعلم من وجه إليه قرينة بسيطة على العلم به ٠ وبالتالي يعتبر وصول القبول إلى الموجب فى مكان

معين قرينـة علـى علمـه بـه فـى هذا المكـان • والمعنـى أن إثبـات مكـان وصـول القبول هو إثبات لمكان العلم به ، ما لم يثبت الموجب عكس ذلك •

فإذا انتهينا إلى كيفية تحديد مكان انعقاد العقد ، فيبقى أن نوضـح بأنـها مسـألة تكتسب أهميتها من ناحيتين :

الأولى : من حيث تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد بين قوانين الدول التى قد تتنازع حكم هذا العقد ، بافتراض وجود تنـازع فـى القوانين ، كمـا هو الحال فى عقود التجارة الدولية •

والثانية : من حيث تحديد المحكمة المختصـة بنظر النزاع الذى قد ينشأ بشأن العقد •

ونلفت النظر إلى مسألتين : الأولى أن التعاقد بطريق الهاتف ومـا يماثلـه ، وإن كان تعاقدا بين حاضرين فـى الزمـان ، فإنـه يعتبر تعاقدا بين غـائبين من حيث المكان •

وترتيبا على ذلك ففي التعاقد بالهاتف ، وما يماثله يعتبر العقد مبرما فى مكان علم الموجب بالقبول •

والمسألة الثانيـة أن قاعدة تحديد مكـان انعقـاد العقد بالمكـان الذى يعلـم فيـه الموجب بالقبول ، ليست من النظام العام وبالتالي يجوز للمتعاقدين الاتفاق علـى مـا يخالفهـا ، بحيث يمكن الاتفـاق علـى اعتبـار العقد مبرمـا فـى مكـان آخـر ، وبالمعنى أنـه يتعين لتحديد مكان انعقاد العقد الرجوع أولا إلى قصد المتعاقدين ، فإن لم يوجد ، اعتبر العقد منعقدا فـى المكـان الذى علم فيـه الموجب بـالقبول ، على أن يقوم وصول القبول قرينة علم العلم به •

- حكم التعاقد بوسائل الاتصالات الحديثة :

سن المشرع صورة التعاقد بالتليفون أو أى أداة أخرى مماثلة ، وبين أنها تعاقد بين غائبين في المكان، حاضرين في الزمان غائبين لبعد المسافة بينهما وحاضرين لوصول عبارة كل منهما إلى الآخر فوز صدورها ٠ وحددت المادة ٩٤ مدني حكم التعاقد بالتليفون أو بأى أداة مماثلة ، بأنه تعاقد بين حاضرين بالنسّبة لكيفية تمام العقد أى ارتباط الإيجاب بالقبول ٠ أما بالنسبة لمكان العقد فهو في حكم التعاقد بالمراسلة ، فينعقد في المكان الذي يتصل فيه القبول بعلم الموجب ، أو المكان الذي يتكلم منه الموجب٠

ويبدو أن إرهاصات التطور في وسائل الاتصال والاستقبال كانت تشغل ذهن المشرع وهو بصدد صياغة النص المذكور فأعقب لفظة الهاتف بعبارة" أو بأى طريق مشابه " فانطبق ذلك على التعاقد بالتليفزيون[56] وعلى التعاقد بواسطة شبكة الاتصالات الدولية Internet حيث لا يفصل الزمن بين صدور القبول وعلم الموجب به حتى لو اختلف المكان ٠

[56] أحمد السعيد الزقرد/ حق المشترى في إعادة النظر في عقود البيع بواسطة التليفزيون مجلة الحقوق / س ١٩ سبتمبر ١٩٩٥ وفيه " يعرض البرنامج للسلعة مع بيان الثمن المحدد لها، ويطلب من المشاهد الاتصال به هاتفيا وعندها ينعقد العقد بين حاضرين حيث لا توجد فترة زمنية بين صدور القبول وعلم الموجب به أما الرسالة التى يبعث بها المشاهد بعد ذلك إلى البرنامج مع المبلغ المحدد فهى لا تعدو أن تكون تنفيذا لعقد سبق إبرامه وبالتالى فإن عدم الوفاء بالمبلغ المحدد أو التأخر في الوفاء به يدخل في نطاق قواعد تنفيذ العقد لا إبرامه ٠ وفرق بين الجزاء على عدم تنفيذ العقد والجزاء على قواعد إبرامه ٠٠٠ مرجع سابق / ص ١٩٧ ٠

الفرع الثالث ـ صور خاصة من التراضي

ثمة صور خاصة من التراضي ورد النص عليها بالقانون المدني هي الوعد بالتعاقد والعقد الابتدائي والتعاقد بالنيابة وبالعربون وبالإذعان وفي المزايدات أو المناقصات وهي صور خاصة لما يعتريها من لبس في تبين حكمها [٥٧] أو بما تتميز به من أحكام، او نظراً لأهميتها في الواقع العملي ونعرض لها تفصيلا على النحو الآتي :-

المحور الأول- الوعد بالتعاقد

نصان- تعليق وتقسيم:

تنص المادة ١٠١ مدني على أن الاتفاق الذي يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا ينعقد ، إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه ، والمدة التي يجب إبرامه فيها .

وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين ، فهذا الشكل يجب مراعاته أيضا في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام العقد .

وتنص المادة ١٠٢ على أنه إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل ، وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد ، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة ، قام الحكم متى حاز قوة الشيء المقضي به مقام العقد .

والمتأمل بالنصين يرى بداية بأن الوعد ، بالتعاقد هو عقد يلتزم بمقتضاه شخص يسمى الواعد بقبول إبرام عقد آخر في المستقبل مع شخص يسمى الموعود له إذا أظهر الأخير إرادته في المتعاقد معه خلال المهلة المحددة .

[57] عبد الفتاح عبد الباقي / ص ١٦٥ / بند ٧٨ .

وبأن المادة ١٠١ مدني فى فقرتيها قد حددت شروط الوعد بالتعاقد ، وآثاره وبأن شروط الوعد بالتعاقد على نوعين موضوعية تتمثل فى بيان أركان الوعد ، ومدته ، فضلا عن محله ، وسببه وتوافر الأهلية اللازمة لصحة الوعد ٠

وشكلية ، مفادها أن يستوفى الوعد بالعقد الشكلي ذات الشكلية التى يتطلبها ٠

فإذا توافرت الشرائط السابقة أنتج الوعد بالتعاقد أثره من حيث إبرام العقد النهائي إذا أظهر الموعود له رغبة فى ذلك ٠وبإظهار الموعود له رغبة فى التعاقد يتحول العقد إلى عقد نهائي ٠

ونلفت النظر إلى مسائل ثلاث : الأولى أن المشرع المصري لم يشأ أن يقصر الوعد بالتعاقد على البيع فقط ، كما هو الحال فى القانون الفرنسي [58] وبالتالي يصح الوعد بالتعاقد فى خصوص الإيجار ، أو الرهن ، أو البيع ، أو العمل أو المقاولة ٠٠٠ ولذلك وردت نصوص الوعد بالتعاقد فى النظرية العامة للالتزام ٠

والمسألة الثانية ، أن المشرع جمع الوعد بالتعاقد بنوعيه سواء كان ملزما لجانب واحد أو للجانبين وجعل شروط الأول هى ذاتها شروط الثاني ٠

وأخيرا ، فالوعد بالتعاقد على ما رأيناه محض عقد يحتاج لوجوده توافق الإرادتين ٠وبذا فهو ليس إيجابا ، فهو مرحلة أبعد من الإيجاب ، لأن الوعد ، اقترن به قبول مطابق ، بينما لم يقترن بالإيجاب بعد وهو من جهة أخرى تمهيد لعقد نهائي قد ينعقد وربما لا ينعقد ٠ وبعبارة أخرى فإن الوعد بالتعاقد وسط بين الإيجاب والعقد النهائي ، فهو أبعد من الإيجاب من حيث أن الأخير تعبير عن إرادة منفردة للموجب فى التعاقد فى حين الوعد بالتعاقد عقد تمهيدي تتلاقى فيه إرادة الموجب وهو الواعد بإرادة الموجب له وهو الموعود له وهو أدنى

---

[58] بالمادة ١٥٨٩ فرنسي ٠

من العقد النهائي فهو مجرد تمهيد له مادام أن الموعود له لم يعبر عن رضائه بعد ٠وبرغم التخالف بين الوعد بالتعاقد والإيجاب من حيث طبيعتهما ، فإن الأثر العملى واحد بينهما في الحالة التى يكون فيها الإيجاب ملزما ٠ فالوعد ملزم للواعد إذا أظهر الموعود له رغبته في إبرام العقد، والإيجاب الملزم يرتب ذات النتيجة بحيث يمتنع عن الموجب الرجوع فيه وهو لا يكون كذلك – فيما رأينا – إلا إذا كان الموجب قد حدد ميعادا للموجب له لكى يبدى خلاله رأيه في الإيجاب ٠ وبذا نصل في الوعد بالتعاقد ، وفى الإيجاب الملزم إلى ذات الأثر ٠ الوعد بالتعاقد إذن عقد مؤقت ينتهي بقيام العقد النهائي ٠٠٠ وهو عقد ملزم لجانب واحد بحسب الأصل ، حيث لا يلقى سوى بالتزامات على عاتق أحد طرفيه فقط ، وهو الواعد أما الموعود له فلا يلتزم بأي أداء بمقتضى الوعد الذى رضي به ٠

ومع ذلك يمكن أن يكون الوعد بالتعاقد ملزما للجانبين : الواعد والموعود له ومثال ذلك أن يعد (أ) (ب) بأن يبيعه منزله فى العام القادم إذا اظهر رغبته فى شرائه خلال المهلة المحددة ٠ ويعده (ب) بالشراء إذا أظهر الأول رغبته فى البيع خلال هذه المهلة ٠

وفى المثال المذكور يعتبر كلمن طرفي العقد واعداً ، وموعوداً له بالبيع فى المستقبل ، ويترتب على ذلك نتيجة مؤداها أنه إذا مضت المهلة المحددة للبيع دون أن يظهر أي من طرفيه رغبته فى البيع ، يعتبر الوعد بالتعاقد كأن لم يكن٠

وإنما يثور التساؤل عن مبررات إبرام وعد متبادل بالتعاقد بدلا من إبرام العقد النهائي ؟ الواقع أن ذلك يتم فى الحالات التى لا يكون فيها البائع بقادر

على بيع الشيء بما فى ذلك أن يكون ممنوعا من التصرف فيه مثلا وعندها يلجأ إلى الوعد بالبيع ، إلى انتهاء مدة المنع من التصرف [٥٩] •

وعندنا أن الوعد بالتعاقد الملزم للجانبين هو عقد نهائى وإن اقترن بأجل ولذا انتهى قضاء النقض المصرية [٦٠] بأن الوعد المتبادل بالبيع والشراء هو بيع تام وليس مجرد الوعد به •

وفى كل الحالات فإن الوعد بالتعاقد الملزم للجانبين نادر التطبيق عملا فيما الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد هو الأكثر انتشارا • وتبدو الحاجة إليه إذا رغب شخص فى شراء شيء ، لكنه لا يزال مترددا ، ويخشى فى ذات الوقت أن يبيعه صاحبه لشخص آخر وتوفيقا بين تردده فى الشراء ، والخشية من بيع المالك للشيء يسعى إلى الحصول من الملك على وعد ببيعه إذا هو أظهر رغبة فى شرائه خلال مهلة محددة أو قد يرغب شخص فى بيع شيء يمنعه القانون أو الاتفاق من التصرف فيه لمدة معينة ، فيبرم وعدا بالتعاقد إلى انتهاء المدة •

فإذا انتهينا بأن الوعد بالتعاقد ، عقد مؤقت ، الغرض منه التمهيد لعقد نهائي ينعقد فى المستقبل وبأن المشرع المصري قد نظم الوعد بالتعاقد بحيث ينطبق على العقود جميعا سواء كان الوعد ملزما لجانب واحد ، كما هو الغالب ، أو ملزما للجانبين فإن التساؤل يثور بصدد شروط الوعد التعاقد ؟ وآثاره ؟ وهو ما نعرض له تفصيلا على النحو الآتي:

أولا : شروط الوعد بالتعاقد :

قدمنا بأن شروط الوعد بالتعاقد على ما ورد بالمادة ١٠١ مدني: شروط موضوعية، وشروط شكلية •

---

[59] والمنع من التصرف لا يمكن إلا أن يكون مؤقتا، وإلا اعتبر قيدا على حق التصرف، وهو جوهر الملكية •

[60] انظر نقض ٢٥ مايو / ١٩٧٢ ــ المحاماة س ٥٦/ ص ٨٢ •

١- الشروط الموضوعية للوعد بالتعاقد :

تتمثل الشروط الموضوعية للوعد بالتعاقد فى بيان أركان العقد الموعود به ومدة الوعد والمحل ، والسبب ، والأهلية اللازمة لصحة الوعد ٠

أ- بيان أركان العقد فى الوعد :

قدمنا بأن الوعد بالتعاقد عقد ، ومن هذه الزاوية ينبغي أن يتوافر فى الوعد كالعقد جميع المسائل الجوهرية ٠ فالوعد بالبيع مثلا ينبغي أن يتضمن المبيع والثمن على الأقل ، ولا يغير من ذلك أن يكون الوعد بالتعاقد محض عقد مؤقت ، فهو خطوة فى سبيل إبرام العقد النهائي وهو لا يكون كذلك إلا إذا أشتمل على جميع المسائل الجوهرية لهذا العقد بحيث يمكن إتمامه بمجرد إظهار الموعود له رغبته فى إبرام العقد خلال المدة المحددة ٠

وتفريعا على ذلك، فإن الوعد بالإيجار يجب أن يشتمل على العين المؤجرة والأجرة ٠ وفى الوعد بالمقاولة، ينبغي أن يتضمن تحديد عمل المقاول وأجره والوعد بالبيع يتضمن المبيع والثمن ٠٠٠الخ ٠

ب- بيان المدة فى الوعد بالتعاقد :

لا يكفى أن يتضمن الوعد بالتعاقد أركان العقد المراد إبرامه بل يلزم فوق ذلك أن تبين فيه المدة التى يتم فيها إبرام العقد النهائي ٠

وتفسير ذلك أن الوعد بالتعاقد ، عقد على ما قدمنا مؤقت ، الغرض منه التمهيد لإبرام العقد النهائي ، فوجب إذن تعيين المدة التى يجب فيها إبرام هذا العقد ٠ ثم أن الوعد بالتعاقد قد تضمن فى جانب الواعد التزام بعمل هو إبرام العقد النهائي ، والالتزام بعمل لا يمكن إلا أن يكون مؤقتا وإلا أصبح قيدا على نشاط الواعد وحريته ٠

أما إذا انقضت المهلة المحددة من دون إعلان الموعود له برغبته فى إبرام العقد الموعود به فإن الوعد بالتعاقد يعتبر كأن لم يكن ولا يكون للموعود أي حق شخصي قبل الواعد ٠

وتحديد المدة التى يجب خلالها إبرام العقد الموعود به قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا ، بل يمكن أن ينعقد الوعد بالتعاقد على مدة معقولة ٠ ويترك تحديد المدة فى هذه الحالة لقاضى الموضوع يستخلصها من واقع الدعوى وظروف الحال ٠

ج- محل الوعد وسببه :

إذا كان الوعد بالتعاقد عقد فإنه ينبغي أن يكون محله وسببه مشروعين ٠ أي أن يقوم على محل وسبب غير مخالف للنظام العام والآداب، وإلا عد الوصل باطلا ٠

والمقصود بالسبب ، هو الباعث الدافع لإبرام الوعد بالتعاقد ٠ أما المحل ، فهو مضمون الوعد أي التزام الواعد بإبرام العقد النهائي إذا أظهر الموعود له رغبته خلال المدة المحددة لذلك ٠ وهو فيما رأينا التزام بعمل ينبغي أن يكون ممكنا ٠ فإن كان محل الوعد مستحيلا من الناحية المادية أو القانونية كان الوعد باطلا ٠وعيله فإن كان المحل الذى يلزم به الواعد خارج دائرة التعامل ، اعتبر الوعد باطلا ٠

د- الأهلية اللازمة فى الوعد بالتعاقد :

إذا كان الوعد بالتعاقد ملزما لجانب واحد ، كما هو الغالب تعين أن يتوافر فى الواعد ، لا الموعود له وقت الوعد الأهلية اللازمة لإبرام العقد النهائي ٠ ذلك أن الوعد بالتعاقد محض عقد مؤقت ، قد ينتهي بعد مدته إلى عقد نهائي ٠ لذا ينبغي توفر أهلية الوعد فى إبرام العقد النهائي وقت إبرام الوعد ، لا وقت

إتمام العقد النهائي ٠ ولا يعتبر من ذلك أن يفقد أهليته مثلا وقت إعلان رغبته

أما إذا كان الوعد ملزما للجانبين ، وجب أن تتوافر فى طرفيه معا الأهلية اللازمة إبرام العقد الموعود به وقت إبرام الوعد ، لأنه من هذا التاريخ يلتزم طرفيه معا ٠

٢- الوعد بالعقد فى العقود الشكلية :

إعمالا لما ورد بنص المادة ٢/١٠ مدني إذا اشترط القانون لإتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل يجب مراعاته ألفيا فى الاتفاق الذى يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد ٠

وعليه فالوعد بإبرام عقد شكلى يتعين أن يكون شكليا ، بما فى ذلك مثلا الوعد بإبرام رهن رسمي ، والوعد بإبرام الهبة لا ينعقد إلا إذا كان بورقة رسمية ٠

وإنما يثور التساؤل عن حكم وعد عرفي بإبرام عقد رسمي ، والحقيقة أن الوعد فى هذا الوعد لا يكون بغير قيمة ٠ بل يرتب فى ذمة الواعد التزاما شخصيا بإبرام العقد النهائي ٠ ولما كان تنفيذ هذا الالتزام مستحيلا لعدم توافر الرسمية فى الوعد ٠ فإنه يجوز الحكم على الواعد بالتعويض ، إذا لم يقبل إتمام العقد النهائي فى الشكل الرسمي المطلوب ٠ وهو حكم ينطبق على الوعد بإبرام رهن رسمي ، لكنه لا ينطبق على الهبة ، لأنها ، أخذا من نص المادة ٤٩٠ مدني لا ينعقد الوعد إلا إذا تم بورقة رسمية ٠ والمعنى أنه لا ترتب أية آثار حتى بالتعويض لعلم التنفيذ ، كما هو الحال فى الرهن الرسمي ٠

ونلفت النظر إلى العقد العرفي بإبرام عقد شكلى وهو الرهن يخول الموعود له الحق فى استصدار حكم من القضاء يقوم مقام الرهن الرسمي ٠ ولا يستطيع ذلك فى الوعد بالهبة لعدم قيام الوعد أصلا ٠

ثانيا : آثار الوعد بالتعاقد :

آثار الوعد بالتعاقد هى الإجابة عن التساؤل الآتي : ما هى الالتزامات والحقوق التى يرتبها الوعد فى ذمة عاقديه ؟ والإجابة عن التساؤل المطروح تستتبع التفرقة بين مرحلتين : الأولى هى المرحلة السابقة على إبداء الموعود له رغبته خلال المدة المحددة أما المرحلة الثانية ، فتبدأ منذ تاريخ إبداء الرغبة على النحو الآتي بيانه :

١ـ آثار الوعد قبل إعلان الرغبة فى إبرام العقد النهائي :

الوعد بالتعاقد لا يلزم الموعود له بشيء فى العقود الملزمة لجانب واحد بينما يلتزم الواعد بمقتضى الوعد بالبقاء على وعده المدة التى حددها ، بحيث لا يكون له خلالها العدول عنه أو الرجوع فيه اعتبارا بأن الوعد عقد ، والعقد شرعه عاقديه لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا بإتفاقهما .

وننبه بأن الواعد يلتزم خلال مدة الوعد بالتزام سلبي بألا يقوم بعمل يجعل تنفيذ العقد الموعود به غير ممكن التنفيذ وتفريعا على ذلك ، يلتزم الواعد فى الوعد بالبيع ، بألا يتصرف إلى الغير فى الشيء محل الوعد خلال المهلة المحددة لإبداء الرغبة منجانب الموعود له .

كذا يلتزم الواعد بالمحافظة على الشيء محل الوعد بالبيع خلال مد ة إظهار الرغبة ، فلا يتلفه ، ولا يهلكه ، وإلا عد مسئولا مسئولية عقدية عن تعويض الأضرار الذى حدثت للموعود له .

ونلفت النظر بأن آثار الوعد بالتعاقد قبل إظهار الرغبة فى إبرام العقد النهائي تتحدد فقط بالتزام الواعد بالبقاء على وعده ، وبألا يجعل تنفيذ العقد النهائي غير ممكن التنفيذ ، إذا ما أظهر الموعود له رغبته فى التعاقد ، إنما لا تمتد إلى غير ذلك من آثار فلا يترتب على الوعد بالبيع مثلا انتقال ملكية المبيع

إلى المشترى ، ولا التزام المشترى بدفع الثمن • فهى آثار للعقد النهائي ، لا للوعد به ، وبعبارة أخرى هى آثار لا تتولد إلا فى المرحلة الثانية لا الأولى

٢- آثار الوعد بعد إظهار الرغبة :

إذا أظهر الموعود له رغبته فى إبرام العقد النهائي ، فإن العقد الموعود به يتم بمجرد إظهار الرغبة دون حاجة إلى إجراء آخر • كما أن العقد النهائي يرتبط بوقت إظهار الرغبة ، بمعنى أن إظهار الرغبة ليس له أثر رجعي يجعل العقد النهائي منعقدا منذ تاريخ الوعد •

وبإظهار الرغبة فى خلال المدة المحددة يترتب على الوعد بالتعاقد جميع الآثار التى يرتبها العقد الموعود به • ففي الوعد بالبيع ، تنتقل الملكية إلى المشترى، مقابل الوفاء بالثمن • وفى الوعد بالإيجار يتسلم المستأجر العين المؤجرة ، ويلتزم بالوفاء بالأجرة ،••• الخ •

فإذا اخل أحد المتعاقدين بالتزاماته كان للمتعاقد الآخر ، إجباره على التنفيذ إذا توافرت شرائط التنفيذ العيني ، كما يكون له طلب فسخ العقد مع التعويض أن كان له مقتض فى الحالات التى يستحيل فيها التنفيذ العيني أو لا تتوافر شرائطه •

وبإيجاز ، تنطبق على الوعد بالتعاقد بعد إعلان الرغبة ، خلال مدتها جميع القواعد العامة التى تنطبق على العقود التى لم يسبقها وعد بالتعاقد •

لكننا ننبه على مسألتين: الأولى أن الموعود له لا يلتزم بالضرورة بالموافقة على إبرام العقد النهائي خلال المدة المحدد ة لإعلان الرغبة، فله الخيار خلالها بالقبول أو بالرفض •

والمسألة الثانية : أنه إذا انتهت المدة المحددة لإعلان الموعود له رغبته فى التعاقد يسقط الوعد بالتعاقد ويعتبر كأن لم يكن ولا يكون للموعود له أي حق شخصي قبل الواعد • كذا يسقط الوعد بزوال ركن من أركان العقد الموعود به

وقت إعلان الرغبة أو بعدم تحقق الشرط المعلق عليه إعلان الرغبة إنما لا يسقط الوعد بالتعاقد بموت الواعد ، أو فقد أهليته[٦١] .

ويبقى أن نوضح بأنه إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل ، وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد وكانت الشروط اللازمة لانعقاد العقد ، وبخاصة ما تعلق منها بالشكل متوافرة ، فإن الحكم القضائي متى حاز قوة الشيء المقضي به يقوم مقام العقد الموعود به .

وتفريعا على ذلك إذا كان الوعد ببيع عقار ، ورفض البائع اتخاذ الإجراءات اللازمة لنقل الملكية العقارية ، بما في ذلك التصديق على التوقيع تمهيدا للتسجيل ، جاز الالتجاء إلى المحكمة المختصة لاستصدار حكم ضده بثبوت البيع ، ليقوم الحكم المذكور مقام عقد البيع إذا حاز على قوة الشيء المقضي به

[61] وهو فرق مهم بين الإيجاب وبين الوع دبالتعاقد .

المحور الثاني- التعاقد بالعربون

نص، وتعليق:

تنص المادة ١٠٣ على أن دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق فى العدول عنه ، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك •

فإذا عدل من دفع العربون فقده، وإذا عدل من قبضه رد ضعفه هذا، ولو لم يترتب على العدول أي ضرر •

والمقصود بالعربون فى النص مبلغ من النقود أو أي منقول آخر يدفعه أحد المتعاقدين إلى الآخر وقت إبرام العقد • ففي عقد البيع مثلا ، يدفع المشترى جزءاً من الثمن كعربون ، وفى الإيجار يدفع المستأجر جزءاً من الأجرة على سبيل العربون •

وقد يقصد من العربون على النحو الذى بسطناه حفظ الحق فى العدول عن العقد من جانب عاقديه ، أي مقابل خسارة هذا العربون • وقد يقصد منه التأكيد على انعقاد العقد ، فيعتبر العربون بدء فى تنفيذ العقد •

وحيث يكون العربون ثمنا للعدول عن العقد يتفق الطرفان على العقد ، على خيار العدول عنه بحيث يحدد مبلغ العربون كثمن لهذا العدول • بحيث من يدفع العربون ، ويعدل عن إتمام العقد لا يسترده ومن تسلمه ويعدل يرد العربون ومثله أي يرد ضعفه • وينطبق الحكم المذكور ولو لم يترتب على العدول أي ضرر للطرف الآخر فالعربون مقابل العدول ، والعدول ليس خطأ ينطبق عليه قواعد التعويض ، بل تضمنه اتفاق العاقدين من البداية •

أما حيث يراد بالعربون تأكيد انعقاد العقد أو البدء فى تنفيذه اعتبر جزءاً من الثمن ، يقبضه البائع من المشترى لضمان جدية التنفيذ ، فإذا نفذ العقد خصم العربون من ثمن المبيع • وإذا لم ينفذ العقد ، لعدم وفاء المشترى بالثمن وحكم عليه بالتعويض ، خصم مبلغ العربون كذلك من مبلغ التعويض إنما لا يشترط

أن يكون مبلغ التعويض مساويا لمبلغ العربون · فالأول يرتبط بالضرر والثاني جزء من ثمن العقد ·

وأخذا من نص المادة ١٠٣ ، فإن المرجع فى تحديد دلالة العربون هو قصد المتعاقدين ، يعتد فيه القاضي بشروط العقد ، وبظروف الحال بحيث إذا صرح المتعاقدان بقصدهما من العربون كوسيلة للعدول أو بدء التنفيذ ، أو أمكن للقاضي استخلاص قصدهما ضمنا ، تعين الأخذ بما قصداه · فإذا لم يستطيع القاضي التوصل إلى قصد العاقدين من العربون ، اعتبره ثمنا للعدول على ما ورد بالنص السابق · وهو لا يكون كذلك إلا عند عدم الاتفاق على خلافه ·

والأمر لا يخرج عن فرضين : الأول ، ألا يتم العدول عن العقد فى المدة المحددة وعندها يصبح العقد باتاً ، والعربون جزء من الثمن · والفرض الثاني ، أن يعدل أحد العاقدين عن العقود فى الميعاد المحدد ، ويتعين عندها أن يدفع ثمن عدوله وهو قيمة العربون · فإذا عدل من دفع العربون فقده ، وإذا عدل من قبض العربون رد ضعفه · وينطبق الحكم فيما رأينا ، ولو لم يترتب على العدول أي ضرر ·

المحور الثالث- التعاقد بالمزايدة أو بالمناقصة

نص وتعليق:

تقضي المادة ٩٩ مدني بأنه لا يتم العقد في المزايدات إلا برسو المزاد ويسقط العطاء بعطاء يزيد بعطاء يزيد عليه ولو كان باطلا ٠

والمقصود بالتعاقد بالمزايدة هو عرض موضوع العقد في مزاد عام بقصد الحصول على أكبر عطاء بينما يقصد من التعاقد بطريق المناقصة الحصول على أقل عطاء ٠ومثال الأولى ، بيع أموال المدين جبرا لاستيفاء دين عليه ومثال الثانية ، أن تعرض جهة الإدارة مقاولة البناء أو الإنشاء في مناقصة بقصد الحصول على أقل عطاء ولا يهم بعد ذلك أن تتم عملية المناقصة أو المزايدة علنا ، أو بطريق المظاريف المغلقة ٠

والمزايدة يمكن أن تكون جبراً بنص القانون كما هو الحال في بيع أموال المدين أثر الحجز الجبري عليها ،أو في بيع أو تأجير عقارات مملوكة للدولة أو لأحد الهيئات الاعتبارية المتفرعة عنها ٠

أحكام التعاقد بالمزايدة أو بالمناقصة :

الثابت فيما قدمنا أن طرح المزايدة أو المناقصة لا يعد إيجاباً ، ولا يغير من ذلك أن يشتمل طرح المزايدة خصوصا على ثمن أساسي فهذا الثمن الأساسي محض مبلغ تبدأ المزايدة منه ، وليس ثمنا يعبر به المعلن عن المزاد عن إرادته في إبرام العقد [٦٢]٠

وتفسير ذلك أن الإيجاب فيما رأينا تعبير بات ، يعبر به الموجب عن نية قاطعة في إبرام العقد المقصود إذا ارتبط به قبول مطابق وهو لذلك يتضمن جميع العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه ٠ بينما الهدف المعلن عن المناقصة أو المزايدة تحديد المقابل الذى يتم التعاقد على أساسه ٠

[62] نقض ١٠ /١٩٨٣/١/ أحكام النقض/ س٣٤ / ص ١٥٦

وعليه، فطرح المزايدة أو المناقصة محض دعوة إلى التعاقد تثير تساؤلات عن الإيجاب والقبول فيها ؟ وكيفية اقتران الأول بالثاني ؟ ووقت انعقاد العقد فى المزايدات والمناقصات ؟ وهو ما نعرض له على النحو الآتي:

١- الإيجاب فى التعاقد بالمزايدات أو بالمناقصات هو العطاء الذى يتقدم به الشخص الذى استجاب للدعوة إلى التعاقد · ولا يغير من كون العطاء إيجاباً أن يكون مصحوبا بتأمين يتقدم به صاحبه فالتأمين شرط للتقدم بالعطاء وتسلمه من طارح المناقصة أو المزايدة ، لا يفسر على أنه قبول ، مما ينعقد به العقد ·

وإذا كان الإيجاب فى المزايدات وفى المناقصات هو العطاء الذى يتقدم به الشخص إلى حين تقديم شخص آخر عطاء أفضل ،أو إلى أن يقفل المزاد دون أن يرسو على أحد · ما لم يظهر من ظروف الحال أو من ملابسات المزايدة أن المتزايد قصد عدم التقيد بعطائه ، أو أن المتعاقدين اتفقا على عدم سقوط الإيجاب بإقفال المزاد ويسقط العطاء بعطاء يزيد عليه ، ولوكان العطاء الجديد باطلا بما فى ذلك مثلاً أن يكون الشخص ممن لا يجوز لهم قانونا تملك الشىء محل المزايدة ·

وقاعدة سقوط العطاء بعطاء يزيد عليه لا تنطبق إذا تمت المزايدة أو المناقصة بالمظاريف المغلقة فطبيعتها أن من يتقدم بعطاء من مظروف مغلق لا يعلم بعطاء غيره ، وبذا يظل عطاءه قائما إلى أن تنفض المظاريف ويتقرر إرساء المزاد أو المناقصة.

٢- وأخذا من نص المادة ٩٩ بأن القبول فى المزايدات والمناقصات لا يتم إلا برسو المزاد ونلفت النظر إلى مسألتين الأولى، أن لمن دعا إلى المزايدة أو المناقصة خيار القبول أو الرفض للعطاء الذى يتقدم به الموجب حتى ولو كان هو الأفضل ، ولا مسئولية على الرفض فى ذاته ، أما إذا اقترن رفض الإيجاب من الموجب له بخطأ ، أو تقصير أو بعدم الجدية ، قامت مسئوليته ليس عن

الرفض فى ذاته ، وإنما عما اقترن به من أفعال غير مشروعة بحيث يلتزم عندها الموجب له بالتعويض . ويجوز للمحكمة فى هذا الفرض أن تقضى بالتعويض العيني ، أي باعتبار التعاقد تم مع من تقدم بالعطاء الأفضل .

والمسألة الثانية ، أنه قد جرى العمل على تضمين المزايدات والمناقصات شرطا يقضى بأن لصاحبها قبول أو رفض أي عطاء دون إبداء الأسباب ، وهو شرط صحيح ، مادام أن من تقدم بعطائه يعلمه ويمكن أن يترتب عليه إعفاء من دعا إلى المزايدة أو المناقصة من رفض العطاء الأفضل .

وتفريعا عما تقدم فإن العقد فى المزايدات والمناقصات ينعقد فى الوقت الذى يتصل فيه إرساء المزاد بعلم من رسا عليه.

المحور الرابع- التعاقد بالإذعان

نصوص متفرقة – تعليق وتقسيم:

تنص م ١٠٠ مدني على أن القبول فى عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها .

وتقضى م ١٤٩ بأنه إذا تم العقد بطريق الإذعان ، وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفى الطرف المذعن منها وذلك وفقا لما تقضى به العدالة ، ويقع باطلاً على كل اتفاق على خلاف ذلك

وأخذا من المادة ١٥١ لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة فى عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن .

والمتأمل بالنصوص السابقة يرى بأن الأول منها يثير مشكلة الطبيعة القانونية لعقود الإذعان التى لا يملك المذعن فيها سوى التسليم بشروط يفرضها الموجب ، وذلك بعكس القاعدة العامة فى توافق الإرادتين التى تسود العقود .

بينما يثير النص الثاني والثالث كيفية حماية الطرف المذعن بحيث يكون للقاضي على وجه التحديد تعديل الشروط التعسفية أو إعفاء المذعن بها وكذا تفسير عبارات العقد الغامضة لمصلحة الطرف المذعن ٠

ولا يجوز للمتعاقدين الاتفاق على خلاف ذلك ٠

وترتيبا على ما تقدم فإننا نعرض بداية للطبيعة القانونية لعقود الإذعان ٠ ثم كيفية حماية الطرف المذعن ٠

أولاً- الطبيعة القانونية لعقود للإذعان :

إذا كانت القاعدة أن الإرادة حرة فى إنشاء العقود وفى تحديد آثارها وبأن ذلك يتم بعد مناقشات أو مساومات أو مفاوضات ٠ فإن الأمر يختلف فى عقود الإذعان حيث يحدد فيها أحد العاقدين شروط العقد مقدماً ، ويعرضها على الطرف الآخر الذى يكون بالخيار بين أمرين : إما أن يقبلها كلها ، فينعقد العقد بالإذعان وإما أن يرفضها بجملتها ،فلا ينعقد العقد ٠ ولما كان الغالب أن المذعن له يتمتع باحتكار فعلى أو قانوني للسلعة أو للخدمة المقدمة ، حيث يتصل التعاقد عادة بمرافق حيوية (المياه ، الكهرباء ، التليفونات) فإن الطرف الآخر لا يملك إلا الموافقة على العقد ٠

وجدير بالملاحظة أن الإيجاب فى عقود الإذعان يصدر من طرف قوى من الناحية الفنية ، أو القانونية وهو على هذه الحال ، إيجاب عام موجه إلى الجمهور ، وهو إيجاب دائم أو مستمر ٠

وترتيبا على ذلك فإن القبول فى عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب سلفا ولا يقبل مناقشة فيها ٠

والمهم هوأنه إذا انتهينا بأن الإيجاب فى الإذعان يصدر من شخص فى مركز احتكاري ويقتصر قبول الطرف الآخر على التسليم بشروط الموجب ٠

فقد ثار التساؤل ، خصوصاً فى الفقه الفرنسي عما إذا كان التعاقد بالإذعان عقدا أم أنه مركز قانوني منظم تنشئه إرادة الموجب المنفردة ؟٠

والتسليم بالفرض الأول يجعل عقود الإذعان خاضعة فى تفسيرها وتنفيذها لما تخضع له العقود من قواعد أما تبنى الثاني فيرتب نتائج مختلفة أخصها أن عقود الإذعان لا تخضع فى تفسيرها أو تنفيذها لما تخضع له العقود من قواعد بل تنطبق عليها الأحكام الخاصة بتفسير القانون وتطبيقه ٠

وتقوم النظرية العقدية على أن عقود الإذعان عقود بالمعنى الصحيح تتم بتوافق إرادتين لا بإرادة واحدة ، وكمل تصرف قانوني يتم بإرادتين عقد ٠ وبالتالي فإن عقود الإذعان تخضع للقواعد العامة التى تحكم العقود فى إنشائها أو فى ترتيب آثارها ٠ ولا يغير من ذلك ألا يكون مضمون العقد محلا للمناقشة أو المساومة ٠

أما النظرية اللائحية ، فقد أنكرت على عقود الإذعان طبيعتها العقدية على سند من القول بأنها تنشأ بإرادة الموجب المنفردة ، ولانعدام المساواة بين طرفيها الذى يترتب عليه انعدام حرية المناقشة ، ولأن القبول فيها يقتصر على الرضوخ لإرادة الموجب ٠وبذا فإن تفسير عقود الإذعان لا يكون بقصد البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين ، بل عن إرادة من وضع شروط العقد أى المذعن له ٠

وقد تبنى المشرع المصري النظرية العقدية للإذعان ونصت المادة ١٠٠ مدني على أن القبول فى عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها ٠

ثانيا- كيفية حماية الطرف المذعن:

نص المشرع على أحكام عدة لحماية الطرف المذعن أهمها الحد من الشروط التعسفية وتفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن ٠

وقد ورد النص على الأولى بالمادة ١٤٩ مدني وبها إذا تبين للقاضي أن عقد الإذعان قد اشتمل على شرط تعسفي ، فيجوز له أن يعدل فى العقد ، وأن يعفى الطرف المذعن منه ٠

ولا يجوز للمتعاقدين الاتفاق على الحد من سلطة القاضي فى التعديل أو الإعفاء من الشروط التعسفية فى عقود الإذعان ، والقول بغير ذلك يعنى حتماً سلب الحماية القانونية المقررة للطرف المذعن ٠

ولم تقف حماية المشرع للطرف المذعن عند الحد من الشروط التعسفية بل تمتد إلى وجوب تفسير العبارات الغامضة فى عقود الإذعان لمصلحة الطرف المذعن أي سواء كان دائناً أو مدينا ، وذلك خلافاً للقاعدة العامة بأن الشك يفسر لمصلحة المدين ٠

المحور الخامس - النيابة فى التعاقد

نصوص قانونية: تعليق وتقسيم:

نصت م ١٠٤ مدني على أنه إذا تم العقد بطريق النيابة ، كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر فى عيوب الإرادة ، أو فى أثر العلم ببعض الظروف الخاصة ، أو افتراض العلم بها حتما ٠

ومع ذلك إذا كان النائب وكيلا ويتصرف وفقا لتعليمات معينة صدرت له من موكله، فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو أو كان من المفروض حتما أن يعلمها ٠

ونصت م ١٠٥ على أنه إذا أبرم النائب فى حدود نيابته عقدا باسم الأصيل فإن ما ينشأ عن العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل ٠

بينما تقضى م ١٠٦ على أنه إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائبا ٠ فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل دائناً أو مديناً إلا إذا كان من

لمفروض حتما أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة ، أو كان يستوي عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب .

ونصت م ١٠٧ على أنه إذا كان النائب ، ومن تعاقد معه يجهلان وقت العقد انقضاء النيابة فإن أثر العقد الذى يبرمه حقا كان أو التزامات يضاف إلى الأصيل أو خلفائه .

وأخيرا ، فقد نصت م ١٠٨ على أنه لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصيل على أنه يجوز للأصيل فى هذه الحالة أن يجيز التعاقد كل هذا مع مراعاة ما يخالفه مما يقضى به القانون أو قواعد التجارة .

والمتأمل بالنصوص السابقة يرى بأنها قد عرضت لطبيعة النيابة فى التعاقد بأنها حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل ورتبت المادة ١٠٤ أثر على ذلك يتمثل فى أن شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار سواء عند النظر فى عيوب الإرادة ، أو فى أثر العلم ببعض الظروف الخاصة ، أو فى افتراض العلم بها حتما .

كذا، لا تقوم النيابة إلا إذا تم التعاقد باسم الأصيل لا باسم النائب فإن حدث العكس فإن النيابة لا تقوم وتترتب آثار العقد فى ذمة النائب لا ذمة الأصيل .

وأخذاً من المادة ١٠٥ مدني يلتزم النائب حدود نيابته . كذا ، يبين من النصوص المذكورة بأن المشرع قد رتب آثار النيابة فى علاقة أطرافها وقسمها إلى آثار بالنسبة للأصيل ، ثم بالنسبة للنائب ، وبالنسبة للغير .

كما أورد المشرع بنص المادة ١٠٨ صورة خاصة من النيابة فيها يتعاقد الشخص مع نفسه، فحرمه كقاعدة عامة، وإن استثنى بعض الحالات لاعتبارات سنذكرها .

ومن جانبنا نعرض بداية لشروط النيابة فى التعاقد ثم لآثارها ثم لتعاقد الشخص مع نفسه ، ولكننا نمهد لذلك بتعريف النيابة فى التعاقد ، وأنواعها ٠

أولا- المقصود بالنيابة، وأنواعها

أ- معنى النيابة في التعاقد :

قدمنا بأن العقد ينعقد باقتران الإرادتين " أي الإيجاب والقبول " ويثور التساؤل ، بصدد ما إذا كان يشترط صدور الإيجاب والقبول من العاقدين ونبادر للإجابة بالنفي فيصح أن يصدر الإيجاب ، أو القبول منهما معا من نائب يعمل لحساب المتعاقد ٠ وهو أمر لا يمنع القول بأن المتعاقد ، وليس نائبه طرفا فى العقد ٠

والأصل أن كل عقد يمكن للشخص أن يبرمه بنفسه يمكن أن يبرمه فى طريق نائب ، بحيث يعتبر الأصيل هو المتعاقد وهو طرف العقد ٠

والنيابة Representation هى حلول إرادة شخص يسمى النائب محل إرادة شخص آخر يسمى الأصيل فى إبرام تصرف قانوني معين بحيث تنصرف آثاره إلى ذمة الأصيل لا إلى ذمة النائب ٠

والمعنى أن النائب لا يتعاقد لحسابه الخاص أي أن آثار التصرف من حقوق والتزامات لا تضاف إلى النائب وإنما إلى الأصيل ٠ وبعبارة أخرى يكون النائب طرفا فى العقد الذى أبرمه باسم الحساب الأصيل لكنه لا يكون طرفا فى العلاقة الناشئة عن هذا التصرف ٠ وإجمالا فجوهر النيابة وقوامها ، تدخل إرادة النائب فى إبرام العقد يتم وإبرام العقد لحساب الأصيل ٠

ونلفت النظر بأن النائب وإن تعاقد باسم ولحساب الأصيل إلا انه يتعاقد بإرادته هو لا بإرادة الأصيل وبذا يتميز النائب عن الرسول فالثاني بخلاف الأول يقتصر دوره فى التعاقد على مجرد نقل التعبير عن الإرادة من متعاقد إلى آخر ، وبمعنى آخر فإن الرسول كالرسالة المكتوبة يحمل إرادة الغير ٠

ويترتب على ذلك نتيجة مفادها أنه إذا تم التعاقد بواسطة الرسول، اعتبر أنه قد تم بواسطة المرسل نفسه، وهو لا يعد تعاقداً بين حاضرين وإن جمع الرسول، والمتعاقد الآخر مجلس عقد توافرت له جميع شرائطه •

ومع ذلك تدق التفرقة بين النائب والرسول فى الفرض الذى يخضع فيه الأول لتعليمات تفصيلية من الأصيل ، بحيث لا يترك له أي سلطة تقديرية فيقترب لذلك من دور الرسول الذى يقتصر بدوره على نقل التعبير عن الإرادة

وفى كل الحالات فإن تحديد إذا ما تم التعاقد عن طريق نائب أو عن طريق رسول مسألة موضوعية، يترك تقديرها لقاضى الموضوع بدون رقابة من محكمة النقض •

والنيابة فى التعاقد تحقق نتائج عملية مهمة ، خصوصا حيث يكون الشخص غير كامل الأهلية لا يستطيع إبرام العقود لحسابه الخاص ، فعندنا يتدخل القانون لإقامة شخص ينوب عن هؤلاء فى إبرام عقود تنصرف آثارها إلى ذمة الأصيل " غير كامل الأهلية " لا ذمته هو بما فى ذلك الولي والوصي ، والقيم•

وحتى فى الحالات التى يكون فيها الشخص كامل الأهلية ، فإن نظام النيابة ييسر له أن يعقد العقد حيث تمنعه ظروفه من ذلك ، كالسفر ، والمرض ، وعدم الخبرة ، ونحو ذلك ، وعندها يمكن الالتجاء إلى التعاقد عن طريق نائب •

أنواع النيابة :

تنقسم النيابة لأنواع عدة بحسب الزاوية التى ينظر إليها فى كل تقسيم فهى بالنظر إلى مصادرها تنقسم إلى نيابة قانونية ، وقضائية ، واتفاقية ، ومن حيث حدود سلطة النائب تنقسم إلى نيابة قانونية واتفاقية •

ومن حيث مصدر النيابة إذن نرى النيابة القانونية ، وفيها يحدد القانون شخص النائب مباشرة ، كالولي على أولاده القصر أما النيابة القضائية وفيها

يفوض القانون تحديد شخص النائب إلى القضاء كما هو الحال بشأن الوصي والقيم ، على أساس أن القضاء هو الذى يعين النائب ، حتى ولو كان القانون هو الذى يحدد شروط الوصاية ، والقوامة ٠

وتكون النيابة اتفاقية حيث يستمد النائب سلطته فى التعاقد لحساب غيره من إرادة الأصيل ٠

كذا تنقسم النيابة من حيث حدود وسلطة النائب ، إلى نيابة اتفاقية كما هو الحال فى الوكالة ، حيث يستمد الوكيل سلطته من إرادة الموكل كما وردت فى عقد الوكالة ٠

ونيابة قانونية ، يتولى القانون تحديد شروط النيابة بما فى ذلك الولي والوصي ، والقيم ، والأول يعين بنص القانون مباشرة ، أما الوصي ، والقيم فتكون مهمة اختيارهما للقضاء ٠

ثانيـ سروط وجود النيابة :

إذا كانت النيابة فيما قدمنا هى حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل فى تصرف قانوني يعقد باسم الأصيل ولحسابه فإنها لا تقوم بغير شرائط ثلاثة هى :

١ـ تدخل إرادة النائب أي أن يعبر النائب عن إرادته ٠

٢ـ أن يكون التعامل باسم الأصيل لا باسم النائب ٠

٣ـ أن يلتزم النائب حدود نيابته ٠

الشرط الأول- تدخل إرادة النائب :

قلنا بأن النائب يعبر بإرادته هو لا عن إرادة الأصيل ، ولذا يتميز النائب عن مجرد الرسول ٠ على النحو الذى بسطناه والتسليم بأن النائب يتعاقد بإرادته يرتب نتيجتين هما :

أن عيوب الإرادة ينظر فيها إلى شخص النائب لا شخص الأصيل، أن أثر العلم ببعض الظروف الخاصة، أو على افتراض العلم بها حتما ينظر فيها إلى شخص النائب لا شخص الأصيل ٠

أ- **يجب أن تكون إرادة النائب خالية من العيوب** وهى نتيجة تترتب على أن العقد ينعقد بإرادة النائب لا بإرادة الأصيل فإن شاب إرادة النائب عيب ، كان العقد قابلا للإبطال لمصلحته ٠

وعليه ، ورد نص المادة ١٠٤ مدني صريحا إذا تم العقد بطريقة النيابة كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر فى عيوب الإرادة ٠ وتفريعا على ذلك ، إذا وقع النائب فى غلط أو كان ضحية تدليس أو إكراه ، فإن العقد الذى يبرمه باسم الأصيل ولمصلحته يكون قابلا للإبطال حتى ولو كانت إرادة الأصيل غير مشوبة بأي عيب من عيوب الإرادة ٠

ومقابل ذلك، إذا كانت إرادة النائب غير مشوبة بأي عيب من عيوب الإرادة انعقد العقد صحيحا فالعقد فيما قدمنا ينعقد بإرادة النائب لا بإرادة الأصيل ٠

ب- شخص النائب محل الاعتبار عند النظر فى الظروف الخاصة :

يرتب القانون أثرا على علم المتعاقدين ببعض الظروف الخاصة، أو على افتراض العلم بها حتما، وعندها يتعين البحث عن توافر العلم بها لدى النائب لا الأصيل ٠

فالثابت أن القانون يرتب أثرا معينا على حسن النية أو سوئها ، فينظر فيها إلى شخص النائب لا شخص الأصيل وترتيبا على ذلك ، فإن العيب فى المبيع لا يكون خفيا إذا!! كان النائب يعلم به ولو كان الأصيل غير عالم به ٠

وإذا أبرم النائب عقدا مع مدين معسر وهو لا يعلم بحالة إعساره لم يكن لدائني المدين الطعن فى العقد على أساس الدعوى البوليصية ، ولا يغير من ذلك أن يكون الأصيل على علم بإعسار المدين ·

فالأصل إذن أن العبرة بإرادة النائب ، ونيته ، ويستثنى منها مع ذلك أن يكون النائب وكيلا يستمد نيابته من عقد الوكالة وكان يتصرف وفقا لتعليمات محددة صدرت إليه من موكله فإنه يعتد فى هذه الحالة بشخص الأصيل لا النائب فى حدود هذه التعليمات ·

وترتيبا على ذلك ، إذا أوكل شخص آخر فى شراء عين معينة بالذات يعلم ما بها من عيوب ، فلا يكون له بعد ذلك أن يرجع على البائع بدعوى العيب الخفي حتى ولو كان نائبه لا يعلم بهذا العيب ، فالأخير أبر العقد فى حدود علم الأصيل ، وطبقا لتعليماته ·

وإذا أوكل (أ) إلى (ب) التعاقد مع شخص بعلم أنه معسر ، فيمكن لدائني المعسر الطعن فى العقد بالدعوى البوليصية · ولا يكون لـ (أ) الاحتجاج بحسن نية (ب) فى هذا الصدد ·

وتكريسا لذلك ، فبعد أن نصت الفقرة الأولى من المادة ١٠٤ على القاعدة العامة التى تعتد بإرادة النائب ونيته ، استطردت بأنه ومع ذلك إذا كان النائب وكيلا ويتصرف وفقا لتعليمات معينة صدرت له من موكله فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو ، أو كان من المفروض حتما أن يعلمها ·

ج- الأهلية شرط فى الأصيل لا النائب فى النيابة الاتفاقية :

نسارع للتنويه من البداية بأن النيابة إذا كانت قانونية كنيابة الولي ، فإن الأهلية شرط فى النائب فالأخير لا تتقرر له النيابة القانونية إذا كان غير كامل الأهلية ·ولذا ورد بنص مادة ٢ من قانون الولاية على المال بالنسبة للولى بأنه

لا يجوز للولى مباشرة حق من حقوق الولاية إلا إذا توافرت له الأهلية اللازمة لمباشرة هذا الحق فيما يتعلق بماله هو – كما ورد بالمادتين ٢٧ ، ٦٩ من القانون المذكور النص على وجوب أن يكون الوصى والقيم عدلاً كفؤاً ذا أهلية٠

ولا يبقى سوى النيابة الاتفاقية التى يثور فيها التساؤل عما إذا كانت الأهلية شرط فى الأصيل أو النائب ؟ ونبادر إلى القول بأنها شرط فى الأصيل وبعبارة أخرى هى شرط فى الموكل لا الوكيل على سند بأن آثار العقد من حقوق والتزامات تضاف إلى الموكل لا إلى الوكيل ٠ فإذا لم يكن الموكل وقت إبرام العقد كامل الأهلية ، كان العقد باطلا بطلانا مطلقا ، أو قابلا للإبطال بحسب ما إذا كان عديم الأهلية أو ناقصها ٠

أما الوكيل فيكفى أن يكون مميزا، له إرادة، بحيث يصح مثلا لقاصر بيع عين مملوكة لشخص لا تتوافر له أهلية التصرف ٠

الشرط الثاني: إجراء التصرف باسم الأصيل ولحسابه

يشترط فى النيابة أن يتعاقد النائب لحساب الأصيل لا لحسابه الخاص و يتحقق ذلك عندما يتعاقد النائب باسم الأصيل فإذا لم يعلن النائب أنه يتعاقد باسم الأصيل فإن أثر العقد من حقوق والتزامات لا تضاف إلى ذمة الأصيل وإنما إلى ذمة النائب وعلى هذا ورد نص المادة ١٠٥ مدني صريحا بأنه إذا أبرم النائب فى حدود نيابته عقداً باسم الأصيل ، فإن ما ينشأ من هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل ٠

وأعيد التأكيد على ذلك بالمادة ١٠٦ بقولها إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائبا فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل ٠

وترتيبا على ذلك إذا أوكل (أ) إلى (ب) بيع شيء معين ولم يفصح (ب) عن صفته للمشترى لم يكن هناك نيابة ، ويضاف أثر العقد إلى (ب) ولكن لما كان الوكيل ملزما بمباشرة البيع قبل الموكل ، فإن لكل منهما الرجوع على الآخر بمقتضى عقد الوكالة لينقل إليه آثار العقد الذى أبرمه مع الغير فيما يسمى بالتسخير أو بالاسم المستعار "Prete`-Nom" ٠

وإذا كانت القاعدة ضرورة إفصاح النائب عن صفته كنائب لمن يتعاقد معه فإنه يستثنى من ذلك الحالتين الآتيتين:

الأولى: إذا كان من المفروض حتما أن من تعاقد من النائب بعلم وجود النيابة ويضرب الفقه مثلا على ذلك أن يدخل شخص إلى المحل التجاري لشراء شيء منه عن طريق أحد العمال حيث يفترض فيه العلم بأن يجرى البيع نيابة عن صاحب المحل التجاري وبالتالى تضاف آثار العقد الذى يبرمه النائب مباشرة إلى الأصيل رغم أن العامل لم يعلن وقت إبرام البيع بأنه نائب عن صاحب المحل إذ أن المشترى كان يعلم عند الشراء بصفته هذه، أو على الأقل كان المفروض حتما أن يعلم بهذا ٠

الثانية : إذا كان يستوي عند المتعاقد مع النائب أن يتعامل مع الأصيل أو النائب ٠ ومثال ذلك أن صاحب المحل التجاري يستوي عنده في البيع ، أن يتعاقد مع المشترى بصفته أصيلا أو نائبا ، ولذا تضاف آثار العقد إلى الأصيل مباشرة ولو كان صاحب المحل يجهل النيابة ٠

وعلى الحالتين نصت المادة ١٠٦ مدني بأنه إذا لم يعلن العقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائبا ، فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل دائنا أو مدينا ، إلا إذا كان من المفروض حتما أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوي عنده أن يتعاقد مع الأصيل أو النائب ٠

فإذا انتهينا بأن النيابة في التعاقد لا تقوم كأصل عام – إلا إذا كان النائب قد أعلن لمن تعاقد معه عن صفته كنائب أو كان المتعاقد يعلم أو كان المفروض فيه أن يعلم بوجود النيابة ، فإنه يخرج من معنى النيابة الحالة التى يرغب فيها الشخص التعاقد لنفسه دون أن يظهر كطرف في العقد فيتفق مع آخر بإبرام العقد باسمه فيما يسمى بالاسم المستعار – مثال ذلك أن يرغب (أ) شراء عقار من (ب) دون أن يظهر اسمه كمشترى فيلجأ إلى (جـ) على أن تنصرف آثار الصفقة إلى (أ) ،

وبذا لا يعد التعاقد بالنسبة لـ (ب) حاصلا بطريق النيابة ويجوز له أن يتجاهل (أ) ويعتبر (جـ) هو المتعاقد معه ،

كذا يخرج – حملاً على ذات الأسباب- من معنى النيابة العقد الذي يجريه الوكيل بالعمولة في علاقته بالمتعاقد معه لأن الوكيل بالعمولة يجرى التصرف مع العملاء باسمه هو لا باسم الموكل ولا يغير من ذلك أن يتم التصرف لحساب الموكل ولمصلحته ،

ويبقى فرض آخر لا يعلن فيه النائب عن صفته عند التعاقد، والمتعاقد الآخر لا يعلم بها ، وليس في ظروف الحال ما يبعث على افتراض العلم بالنيابة حتما،

وفى هذا الفرض ، ترى بأن للمتعاقد مع النائب الخيار بين اعتبار العقد قد أبرم بينه وبين النائب دون أن يكون للأخير التمسك باتصراف إرادته إلى التعاقد باسم الأصيل لا باسمه هو ، وإما أن يكون التمسك بأنه تعاقد مع النائب بوصفه أصيلا لا نائبا عن الأصيل ،

الشرط الثالث : تعاقد النائب فى حدود نيابته :

لا تنصرف آثار العقد الذى يبرمه النائب إلى الأصيل ، إلا إذا التزم النائب الحدود المرسومة لنيابته فإذا تجاوز النائب حدود النيابة لا تنصرف آثار العقد الذى أبرمه إلى شخص الأصيل لأن صفته كنائب تتقيد بالسلطة المخولة له ،

ويكون النائب مجاوزا حدود نيابته فى حالتين : الأولى ، إذا خالف مضمون السلطة المخولة له من الأصيل ٠

والثانية، إذا انتهت نيابته وباشر النائب تصرفا تاما ٠

أ- مخالفة مضمون السلطة المخولة للنائب من الأصيل :

إذا تعدى النائب حدود السلطة المعطاة له، فلا يكون نائبا عند إبرامه لهذا العقد ٠ وبذا لا تنصرف آثار العقد إلى الأصيل ٠

ومن ذلك أن يوكل شخص آخر فى تأجير عقار يملكه ، فيقوم الوكيل ببيعه فلا يلتزم الأصيل بآثار هذا البيع أي من حيث نقل الملكية إلى المشترى أو التزام المشترى بدفع الثمن إلى البائع فلا تضاف إلى الموكل ٠

وننبه بأن النيابة فى التعاقد تنقسم من حيث ما تمنحه من سلطات للنائب إلى نيابة عامة ، فى جميع التصرفات القانونية أو فى نيابة خاصة فى تصرف معين بالذات ٠.

وقد تبنى المشرع التقسيم المذكور بخصوص الوكالة ، فنصت المادة ٧٠١ مدني على أن الوكالة الواردة فى ألفاظ عامة لا تخصيص فيها حتى لنوع العمل القانوني الحاصل فيه التوكيل لا تخول الوكيل صفة إلا فى أعمال الإدارة ٠

ويعد من أعمال الإدارة الإيجار إذا لم تزد مدته على ثلاث سنوات ، وأعمال الحفظ ، والصيانة ، واستيفاء الحقوق ووفاء الديون ٠ ويدخل فيها أيضا كل عمل من أعمال التصرف تقتضيه الإدارة كبيع المحصول وبيع البضاعة أو المنقول الذى يسرع إليه التلف ، وشراء ما ستلزمه الشىء محل الوكالة من أدوات لحفظه واستغلاله ٠

ونصت المادة ٧٠٢ على الوكالة الخاصة بقولها ، لابد من وكالة خاصة فى كل عمل ليس من أعمال الإدارة ، وبوجه خاص فى البيع والرهن والتبرعات والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء ٠

والوكالة الخاصة فى نوع معين من أنواع الأعمال القانونية تصح ولو لم يعين محل هذا العمل على وجه التخصيص إلا إذا كان العمل من التبرعات والوكالة الخاصة لا تجعل للوكيل صفة إلا في مباشرة الأمور المحددة فيها وما تقتضيه هذه الأمور من توابع ضرورية وفقا لطبيعة كل أمر ، وللعرف التجاري ٠

والمعنى أن الوكالة تتدرج فى التخصيص ، كلما تدرجت الأعمال فى الخطورة فثمة وكالة عامة ، في الأعمال الأقل خطورة ، بما فى ذلك أعمال الإدارة ووكالة خاصة فى نوع العمل ومحله فى الأعمال الأشد خطورة خصوصا أعمال التبرع ٠

وننبه بأن العقد الذى يبرمه النائب متجاوزا حدود نيابته لا يكون باطلا ولا قابلا للإبطال ٠ فالأصل أنه يكون غير نافذ فى مواجهة الأصيل وهو لا يلزم النائب أيضا أو مع ذلك يمكن للغير الرجوع على النائب بالتعويض عن الضرر الذى أصابه جراء عدم نفاذ العقد فى مواجهة الأصيل[٦٣] ٠

ومع ذلك ، ثمة حالات ثلاث ، ينفذ فيها تصرف النائب فى حق الأصيل برغم تجاوز النائب حدود نيابته وهذه الحالات هى :

١. إذا كان عمل النائب نافعا للأصيل ، وتوافرت فيه شروط الفضالة فأخذا من المادة ٢/٧٠٣ مدني يجوز للوكيل أن يخرج على حدود الوكالة متى كان من المستحيل عليه إخطار الموكل سلفا وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق على هذا التصرف ٠ وعلى الوكيل فى هذه الحالة أن يبادر بإبلاغ الموكل خروجه عن حدود الوكالة ٠

---

[63] وهو ما انتهى إليه قضاء محكمة النقض بأن العقد يقع غير نافذ في مواجهة الأصيل مثلا نقض ١٤ أبريل ١٩٧٣ / أحكام النقض / س ٢٤ / ص ٦٠٨ بعد أن كانت في حكم لها سابق قد قررت بأنه عقد قابل للإبطال – ٢١ يناير ١٩٦٥ / أحكام النقض / س ١٦ / ص ٧٣ ٠

٢. ينفذ تصرف النائب برغم تجاوزه حدود النيابة ، إذا صدر إقرار من الأصيل ، يضيف به آثار التصرف إلى ذمته ٠ ولا يهم بعد ذلك أن يصدر إلا قرار صراحة أو ضمنا ، وبالإقرار تنصرف آثار التصرف الذى يجاوز حدود النيابة إلى الأصيل من يوم التعاقد لا من يوم صدور الإقرار فيما يسمى بالأثر الرجعى للإقرار ٠

٣. وأخيرا ينفذ تصرف النائب فى حق الأصيل برغم تجاوز الحدود المرسومة فى النيابة ، إذا كان الغير بسبب خطأ أو إهمال من الأصيل قد اعتقد بحسن نية أن النائب يتعامل فى حدود سلطته أي يتعامل بوصفه نائبا فيما يسمى بالنيابة الظاهرة ٠

فعملا على ضمان استقرار المعاملات ، ورعاية لحسن نية الغير ينفذ التصر ف فى هذه الحالة برغم تجاوز حدود النيابة فى حق الأصيل ومثال النيابة الظاه ة ، أن ينسب شخص لنفسه صفة الوكالة عن آخر[٦٤] وتحيط به مظاهر حملت على الاعتقاد بأنه وكيل ويتم التعامل معه على هذا الأساس ٠ ففي هذه الحالة ينفذ العقد فى مواجهة الأصيل " الموكل " مراعاة لحسن نية من تعاقد مع النائب معتقدا أنه لم يخرج عن حدود نيابته ، وتحقيقا لاستقرار المعاملات ٠

ب- وقد ورد بنص المادة ١٠٧ مدني تطبيق آخر للنيابة الظاهرة فنصت على أنه إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معا وقت انقضاء النيابة ، فإن أثر العقد الذى يبرمه حقا كان أو التزاما ، يضاف إلى الأصيل أو خلفائه ٠

ومن ذلك مثلا أن تنتهى الوكالة ، مع بقاء سندها فى يد الوكيل أو يموت الموكل وتزول الوكالة عن الوكيل دون علم الغير ٠ وفى الفرضين تجب حماية هذا الغير الذى كان يجهل بدون خطأ من جانبه انتهاء الوكالة شريطة أن يكون الوكيل غير عالم بانتهاء الوكالة أو يموت الموكل أو يموت الموكل ٠

---

[64] أى أن مجال النيابة الظاهرة هو النيابة الاتفاقية

أما إذا كان الوكيل يعلم بانتهاء النيابة فيكون للغير حسن النية الذى لا يعلم بانتهاء الوكالة الرجوع على الوكيل بالتعويض ولا يمكن أن يرجع على الأصيل بشيء حيث لا يمكن نسبة أي خطا أو تقصير إلى الأصيل ·

ثالثا- آثار النيابة :

إذا تم التعاقد بطريق النيابة وتوافرت الشرائط السابقة ،فإن التصرف الذي يبرمه النائب ينتج آثاره مباشرة في مواجهة الأصيل لا في مواجهة النائب ·

- ولما كانت النيابة محض تجمع لأشخاص ثلاثة : الأصيل ، والنائب ، والغير فإننا نعرض لأثارها في مواجهة كل منهم ·

أ- آثار النيابة بالنسبة للأصيل :

إذا أبرم النائب فى حدود نيابته تصرفا باسم الأصيل فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل مباشرة والمعنى أن النائب يبرم التصرف باسم الأصيل ولحسابه على أن تنصرف آثار التصرف إلى ذمة الأصيل إلى ذمة النائب ·

وانصراف أثر التصرف الذى يبرمه النائب باسم الأصيل ولحسابه إلى ذمة الأصيل يفسر العلة فى اشتراط الأهلية فى الأصيل لا فى النائب كذا ينظر إلى الأصيل لا إلى النائب لتقدير الصلاحية لاكتساب بعض الحقوق ، أو تحديد طبيعة التصرف ·

ب- آثار النيابة بالنسبة للنائب :

يقتصر دور النائب فى إبرام التصرف القانوني باسم الأصيل ولحسابه · وبالتالي فآثار هذا التصرف لا تنصرف إلى النائب ، فلا يكتسب منها حقا ولا يتحمل منه التزام ·

وتفريعا على ذلك ، لا يكون للنائب أن يطالب المتعاقد معه بتنفيذ العقد الذى أبرم عن طريقه ، فدوره محدد بإبرام العقد ما لم يكن نائبا فى التنفيذ كذلك كما هو الحال بخصوص نيابة الأولياء والأوصياء ٠

ومقابل ذلك لا يمكن مسائلة النائب شخصيا عن تنفيذ العقد ٠

ج- آثار النيابة بالنسبة للغير :

قلنا أن النائب يبرم العقد باسم الأصيل ولحسابه بحيث يسأل الغير عن تنفيذ العقد الذى أبرمه مع النائب فى مواجهة الأصيل ولا يكون الغير الرجوع على النائب فى شيء، فالأخير يقف دوره عند إبرام العقد ، لتنصرف آثاره بعد ذلك مباشرة إلى الأصيل دون مرور بذمة النائب ٠

ومع ذلك يجوز للغير الرجوع على النائب عن تنفيذ العقد فى حالتين : الأولى إذا صدر من النائب خطأ فى مرحلة انعقاد العقد وعندها يكون النائب مسئولا فى مواجهة الغير ٠

والثانية ، أن يكون النائب كفل الأصيل فى تنفيذ العقد وعندها يكون للغير الرجوع على النائب ليس بوصفه نائبا ، بل بوصفه كفيلا ، وهو رجوع مشروط بأحكام عدة أخصها أنه لا يكون للغير الرجوع على الكفيل ، قبل الرجوع على المدين الأصلي ، ولا يكون له تجريد الأول ، قبل تجريد الثاني من أمواله ٠

- تعاقد الشخص مع نفسه

ماهية تعاقد الشخص مع نفسه :

يقع تعاقد الشخص مع نفسه فى إحدى صورتين : الأولى أن يتعاقد الشخص أصيلا بنفسه ونائبا عن غيره ، كما يوكل فى بيع أو فى تأجير شيء مملوك لغيره فيشتريه ، أو يستأجره ٠

وقد يتحقق تعاقد الشخص مع نفسه فى صورة أكثر تعقيداً ، أى بوصفه وكيلا عن طرفي العقد ، كأن يوكل شخص آخر فى بيع شيء معين وكله شخص ثالث فى شرائه ٠

وفى تعاقد الشخص مع نفسه طرف واحد بدلا من طرفين ، وإرادة واحدة بدلا من إرادتين بما آثار الاعتراض على فكرة تعاقد الشخص مع نفسه ٠ ومن الناحية العملية ، فالعقد يفترض وجود مصلحتين متعارضتين فإذا تعاقد الشخص مع نفسه بصفته نائبا عن غيره وأصيلا بنفسه فالمعنى تعارض مصلحته مع مصلحة من ينوب عنه ، فيفضل مصلحته هو ٠

وقد وضع المشرع المصري قاعدة تحرم تعاقد الشخص مع نفسه فنصت المادة ١٠٨ مدني على أنه لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه ، سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصيل٠ على أنه يجوز للأصيل فى هذه الحالة أن يجيز التعاقد ٠ كل هذا مع مراعاة ما يخالفه مما يقضى به القانون أو قواعد التجارة ٠

وتطبيقا للقاعدة العامة فى تحريم تعاقد الشخص مع نفسه ، ورد بنص المادة ٤٧٩ مدني بخصوص البيع بأنه لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطة المختصة أن يشترى بنفسه أو باسم مستعار ولو بطريق المزاد العلني ما نيط به بيعه بموجب هذه النيابة ما لم يكن ذلك بإذن القضاء ٠٠٠

ونصت المادة ٤٨١ مدني على أنه لا يجوز للسماسرة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال العهود إليهم من بيعها ، أو فى تقدير قيمتها سواء أكان الشراء بأسمائهم أو باسم مستعار ٠

ويترتب على مخالفة القاعدة العامة فى تحريم تعاقد الشخص مع نفسه عدم نفاذ العقد فى مواجهة الأصيل إلا إذا أقره ، وهذا ما يفهم من عبارة المادة ١٠٨ أنه يجوز للأصيل ٠٠٠ أن يجيز التعاقد ٠

ويستثنى من قاعدة تحريم تعاقد الشخص مع نفسه حالات ثلاث:-

الأولى : إذا قضت قواعد التجارة بغير ذلك ، بما فى ذلك مثلا أن يكون للوكيل بالعمولة إبرام البيع عن طرفيه معا ٠

الثانية : إذا وجد نص فى القانون يجيز تعاقد الشخص مع نفسه من ذلك مثلا أن للأب أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر سواء أكان لحسابه هو أم لحساب شخص آخر على ما ورد بقانون الولاية على المال ٠

والثالث : إذا رخص الأصيل أو من يقوم مقامه للنائب فى ذلك والمعنى أن الإذن قد يصدر من الأصيل اعتبارا بأن التحريم مقصود منه رعاية مصالح الأصيل ، فإن أقره بعد إبرامه انصرفت آثاره إليه ٠وقد يصدر الأصيل فى بعض الحالات ممن يقوم مقام الأصيل كالمحكمة حين ترفض للوصي بأخذ من القاصر لنفسه ٠

المطلب الثاني - فى صحة التراضي

تمهيد وتقسيم:

- يقوم العقد بوجود الرضا على النحو الذى بسطناه لكنه لا يكون صحيحا إلا إذا كان الرضا صحيحا • وهو لا يكون كذلك إذا صدر عن غير ذي أهلية أو شابه عيب من عيوب الرضا وهي الغلط ، والتدليس والإكراه والاستغلال •

ويتعين التمييز بدقة بين انعدام الرضا، وفساده • ففي الأولى ينعدم العقد أو بعبارة أخرى يقع باطلا بطلانا مطلقا ، وفى الثانية ينعقد العقد ولكنه يكون قابلا للإبطال مهددا بالزوال لمصلحة العاقد الذى لم يأت رضاؤه سليما ، أي لمصلحة ناقص الأهلية ، أو من تعيبت إرادته بعيب من عيوب الرضاء أو بعبارة أخرى الفرق إذن بين البطلان المطلق والبطلان النسبى هو الفرق بين أركان العقد وشرائط صحته • والأول جزاء تخلف أركان الإنعقاد والثانى جزاء تخلف شرائط الصحة•

والمهم أن سلامة الرضاء أو صحته تتحقق بأمرين: أن يكون كل من العاقدين أهلا لإبرام العقد ،وأن تكون إرادة العاقدين خالية من العيوب •

الفرع الأول - أن يكون كل من العاقدين أهلا لإبرام العقد

المقصود بالأهلية : أهلية الأداء أي صلاحية الشخص لإبرام العقد على وجه يعتد به قانونا، ومناط أهلية الأداء هو التمييز أو الإدراك •

وتتدرج أهلية الأداء بحسب السن إلى مراحل ثلاث : الأولى وتبدأ بالميلاد إلى سن السابعة ، وفيها يكون الطفل، عديم التمييز أو الإدراك عديم الأهلية وبالتالي يكون العقد الذى يبرمه باطلا بطلانا مطلقا فيما عدا العقود التى تتمخض عن منفعة خالصة له ، فتقع صحيحة بما في ذلك مثلا عقود التبرع إليه •

أما المرحلة الثانية ، وتبدأ من سن السابعة إلى الحادية والعشرون وفيها يكون الصبي ناقص الإدراك ،أو ناقص التمييز ، ناقص الأهلية ويحكم على تصرفاته بحسب نوعها فإذا كانت نافعة له نفعا محضا ، فإنها تكون صحيحة فإن كانت ضارة ضررا محضا ، تكون باطلة بطلانا مطلقا ، أما إذا كانت تدور بين النفع والضرر ، كبيع أو إيجار ، أو مقاولة ٠٠٠ الخ فإنها تكون قابلة للإبطال لمصلحته ٠

أما المرحلة الثالثة وفيها يبلغ الشخص سن الرشد ببلوغه سن الحادية والعشرون، وتكون تصرفاته جميعها صحيحة، مادام قد بلغ السن غير مصاب بعارض من عوارض الأهلية ٠

وننبه ، بأن العقد يكون باطلا ، أو قابلا للإبطال إذا أبرمه عديم الأهلية أو ناقصها ، ولو كان المتعاقد الآخر لا يعلم بانعدام أهليته أو بنقصها على أنه إذا لجأ شخص ناقص الأهلية إلى استخدام طرق احتيالية لإخفاء نقص أهليته فإنه إن جاز له أن يطلب إبطال العقد لنقص الأهلية ، يكون مسئولا عن تعويض المتعاقد الآخر ٠

الفرع الثاني – عيوب الرضاء

تمهيد وتقسيم :

قدمنا بأن الرضاء لا يكون صحيحا إلا إذا كانت إرادة كل متعاقد حرة كاملة • ولا يتحقق ذلك إلا إذا كان المتعاقد وقت إبرام العقد على بينة من أمره وبإرادة كاملة وإلا اعتبرت إرادته معيبة •

فعيوب الرضاء إذا أمور تلحق إرادة أحد المتعاقدين أو كليهما فتفسد منه الرضاء دون أن تعدمه وفرق فيما رأينا بين إرادة غير موجودة أصلا ، وإرادة فاسدة أى موجودة ولكنها غير صحيحة وقد انحسرت عيوب الإرادة من الناحية التاريخية فى ثلاثة هى الغلط ، والتدليس والإكراه ، إلى أن وجد عيب رابع بعد ذلك هو الاستغلال •

المحور الأول- الغلط L.Erreur

نصوص قانونية، تعليق وتقسيم:

تنص المادة ١٢٠ مدني على أنه إذا وقع المتعاقد فى غلط جوهري جاز له أن يطلب إبطال العقد إذا كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله فى هذا الغلط ، أو كان على علم به ، أو كان من السهل عليه أن يتبينه •

وتنص المادة ١٢١ على أنه قد يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه التعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع فى هذا الغلط •

ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص :

أ- إذا وقع فى صفة للشيء تكون جوهرية فى اعتبار المتعاقدين ، أو يجب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغي فى التعامل من حسن النية •

ب- إذا وقع فى ذات المتعاقد أو فى صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئسى فى التعاقد .

وأخيرا تنص المادة ١٢٢ بأنه يكون العقد قابلا للإبطال لغلط فى القانون إذا توافرت فيه شروط الغلط فى الواقع طبقا للمادتين السابقتين ، هذا ما لم يقض القانون بغيره .

وتقضى المادة ١٢٣ بأنه لا يؤثر فى صحة العقد مجرد الغلط فى الحساب ولا غلطات القلم ولكن يجب تصحيح الغلط .

وتنص المادة ١٢٤ على أنه ليس لمن وقع فى غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضى به حسن النية – ويبقى بالخص ملزما بالعقد الذى قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد .

خمس مواد إذن أفردها المشرع للغلط كعيب من عيوب الرضا ، المتأمل فيها يرى بأن الأولى والثانية تعرض لشرائط الغلط الذى يجيز لمن وقع فيه طلب إبطال العقد بأن يكون الغلط جوهريا فى الشىء أو فى الشخص، وأن يكون داخلا فى دائرة التعاقد .

بينما تناولت المادة ١٢٢ شرائط الغلط فى القانون ، وهو لا يختلف عن الغلط فى الواقع ، ما لم ينص القانون – استثناء – بغير ذلك على ما سنرى حالا

فيما عرضت المادة ١٢٣ لحالات من الغلط المادي الذى لا يعيب الإرادة وهى الغلط فى الحساب ، وغلطات القلم . وهى حالات ، تختلف عن الغلط فى القيمة ، أو الغلط فى الباعث ، وفيها يكون الغلط مؤثرا على العقد إذا كان دافعا إلى إبرامه .

وأخيرا ، فقد عرضت المادة ١٢٣ الفرض الذى يقع فيه المتعاقد فى الغلط ولا يكون له التمسك به إذا كان يتنافى مع حسن النية .

وترتيبا على ذلك نعرض بداية لماهية الغلط، وشرائطه، وأثره.

أولاً- تعريف الغلط وشروطه :

الغلط L'error وهم كاذب يقوم فى ذهن المتعاقد ، فيدفعه إلى إبرام العقد ، ويضرب الفقه مثلا على ذلك بأن يشترى الشخص ساعة على أنها من الذهب الخالص ، فإذا بها من معدن مطلي بالذهب أو أن يشترى لوحة على أنها أصلية لفنان معين فإذا بها نسخة منقولة عنها أو يشترى أرضا للبناء عليها فإذا بجهة الإدارة تمنع البناء فى منطقة البيع أو حوالة دين على أنه مضمون برهن فيتضح أن الرهن قد سقط وقد يقع الغلط على واقعة معينة ، فتسمى الغلط فى الواقع ، كما فى الأمثلة السابقة ،

وقد ينصب على قاعدة قانونية ، كأن يبيع شخص نصيبه فى التركة على أساس أنه الربع فإذا به النصف ، وكما يكون للشخص التمسك بالغلط فى الواقع يكون له كذلك التمسك بالغلط فى القانون بافتراض توافر الشرائط الأخرى ،

والمهم أنه إذا توهم ألمتعاقد أمرا على خلاف الحقيقة ، ثم تبين له الغلط فهل يكون له طلب إبطال العقد فى جميع الحالات ؟

أجابت المادة ١٢٠ مدني ، على أنه إذا وقع المتعاقد فى غلط جوهري ، جاز له طلبي إبطال العقد إذا كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله فى هذا الغلط ، أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه ،

وقد حاول المشرع بالنص المذكور أن يقيم التوازن المقبول أو المعقول بين سلامة الإرادة وبين استقرار المعاملات ومقتضى الأولى، ضرورة قيام العقد على رضاء صحيح ، ومقتضى الثانية عدم مفاجأة العاقد الآخر ببطلان عقد ركن إلى صحته ،   فاشترط فى الغلط الذى يجيز لإبطال العقد أن يكون جوهريا من جهة ، وداخلا فى دائرة التعامل من جهة أخرى ،

الشرط الأول - أن يكون الغلط جوهريا:

يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع فى هذا الغلط • ولكن كيف تحدد الصفة الجوهرية التى ورد عليها النص فى نص المادة ١٢١ مدني ؟ الواقع أن الإجابة لا تخرج عن فرضين :أما أن تحدد الصفة الجوهرية على أساس موضوعي بحيث لا تعتبر صفة جوهرية إلا تلك الصفة التى يترتب عليها خروج الشىء من نوع معين إلى نوع آخر ، أو على العكس تحدد الصفة الجوهرية على أساس ذاتي ، بحيث تكون صفة اعتد المتعاقد نفسه بها بحيث يمتنع عن إبرام العقد لو لم يقع فى غلط فيها •

إلى الخيار الثاني اتجه المشرع المصري فالعبرة فى تحديد الصفة الجوهرية للشيء هى بالصفة التى دفعت الشخص إلى التعاقد بحيث لولاها ما أقدم على إبرام العقد •

ولا يخفى أن تقدير الصفة الجوهرية بالنظر إلى المعيار الذاتي أو الشخصي يقتضى البحث عن نية المتعاقد لمعرفة إلى أي مدى كان العمل دافعا إلى إبرام العقد أو لم يكن كذلك •

وقد حاول المشرع التيسير على القاضي بنصه على أن الغلط يعتبر جوهريا فى حالتين ، إذا وقع فى صفة للشيء تكون جوهرية فى اعتبار المتعاقدين أو يجب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغي فى التعامل من حسن نية ، أو إذا وقع فى ذات المتعاقد أو فى صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة هى السبب الرئيسي فى التعاقد •

أ- الغلط فى صفة جوهرية للشيء :

نسارع للتنويه بمسألتين : الأولى ، أن الشىء الذى يترتب على الغلط فى صفة من صفاته تعيب الإرادة قد يكون شيئا ماديا ، كما فى الأمثلة المذكورة

وقد يكون عملا يتصل بشيء ، كما هو الحال فى الغلط الذى يقع فيه المقاول فى طبيعة الأرض التى التزم بإقامة البناء عليها ، فيكون له طلب إبطال العقد ٠ وقد يكون شيئا معنويا أو حقا ماليا ، كما فى الغلط الذى يقع فيه مشترى المحل التجاري في عنصر عملاء المحل Les Clientels والغلط الذى يقع فيه مشترى التركة فى قدر نصيب الوارث البائع ٠

والثانية أنه وقع المتعاقد فى غلط جوهري فى الشىء أمكنه ، طلب إبطال العقد سواء انصب الغلط على أداء المتعاقد الآخر ، أو على أدائه هو ٠ ومثال الحالة الأولى أن يقع المشترى فى غلط فى صفة جوهرية فى الشىء المبيع وهو أداء المتعاقد الآخر ٠ ومثال الحالة الثانية أن يقع البائع نفسه فى غلط فى صفة جوهرية فى المبيع فى الشىء المبيع وهو محل التزامه ، كأن يبيع لوحة على أنها حديثة بينما هى تحفة أثرية ٠

ب- الغلط فى الشخص :

المقصود بالغلط فى الشخص ، الغلط فى ذاتية المتعاقد الآخر ، أو فى صفة من صفاته الجوهرية وتفسير ذلك أن ثمة طائفة من العقود تنعقد لاعتبارات شخصية Intuitu –Personae وهى عقود التبرع وبالتالي يكون الغلط فى ذاتية المتبرع إليه ، أو صفة من صفاته الجوهرية سببا لإبطال العقد بما فى ذلك مثلا الغلط فى شخص الموهوب له فى عقد الهبة ٠

أما عقود المعاوضة فالأصل فيها أنها لا تبرم لاعتبارات شخصية ، وعلى ذلك فالغلط فى شخص المتعاقد غير مؤثر إذ يستوي لدى البائع مثلا أن يبيع إلى أي شخص ٠ ومع ذلك فثمة عقود للمعاوضة تنعقد لاعتبارات شخصية بما فى ذلك شخصية الشريك فى عقد الشركة ، وشخصية العميل فى عقد فتح الاعتماد فى البنك، وفى العقود التى تبرم مع أصحاب المهن الحرة ، ٠٠٠ وفيها يكون

الغلط فى شخص المتعاقد أو فى صفة جوهرية من صفاته سببا لطلب إبطال العقد •

وعلى عكس ذلك فإن الغلط لا يؤثر على صحة العقد إذا وقع فى صفة غير جوهرية للشخص أو فى ذاتية الشخص إذا كانت شخصيته ليست محلا للاعتبار فى العقد •

أما الغلط فى القيمة فالأصل أنه لا يؤثر على صحة العقد ، إذا كان مجرد غلط فى تقدير قيمة الشيء بسبب جهل أو عدم خبرة المتعاقد •

أما إذا كان الغلط فى قيمة الشيء جوهريا ، فيجوز لمن وقع فى الغلط طلب إبطال العقدليس على انه غلط فى قيمة الشيء وإنما على اعتبار أنه غلط فى صفة جوهرية من صفاته بما فى ذلك مثلا أن يبيع شخص أسهمه فى الشركة بثمن معتاد جاهلا أنها ربحت مبلغا كبيرا •

وأخيرا ، فإن الغلط يكون جوهريا كذلك إذا انصب على الباعث الدافع إلى التعاقد بما فى ذلك أن يستأجر العامل عقارا فى مدينة ما على اعتبار أنه نقل إليها ، فيتبين له أن النقل لم يتم •

الشرط الثاني- أن يكون الغلط داخلا فى دائرة التعاقد :

لم يكتف المشرع لإبطال العقد للغلط ، أن يكون جوهريا فى صفة الشيء أو الشخص ، بل اشترط فوق ذلك أن يكون الغلط دخلا فى دائرة التعاقد • وهو شرط مهم بدونه لا يتحقق الاستقرار فى المعاملات •وعليه ورد نص المادة ١٢٠ مدني صريحا بأنه إذا وقع المتعاقد فى غلط جوهري جاز له أن يطلب إبطال العقد إذا كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله فى هذا الغلط ،أو كان على علم به ، أو كان من السهل عليه أن يتبينه •

وأخذا من النص المذكور فإنه لا يجوز للمتعاقد التمسك بالغلط إلا في حالات ثلاث : أن يقع المتعاقد الآخر مثله في هذا الغلط فيما يسمى بالغلط المشترك وعندها لا يخشى من إبطال العقد على استقرار التعامل ٠

فإذا كان الغلط فرديا ، لم يقع المتعاقد الآخر فيه كذلك ، فعندها لا يجوز إبطال العقد إلا إذا كان الغلط معلوما من المتعاقد الآخر ٠ أو كان على المتعاقد الآخر العلم به أما في الحالة الأولى أى إذا كان على علم بالغلط ، فهو سيء النية لا محل لحمايته ٠ أما إذا لم يكن يعلم به وكان من السهل عليه أن يتبينه ولم يفعل اعتبر مقصرا أو مهملا ولا يستحق الحماية كذلك

وتأكيدا لذلك وتفصيلا له نصت المادة ٢/١٢١ مدني على أن الغلط يؤثر على صحة العقد إذا وقع في صفة للشيء تكون جوهرية في اعتبار المتعاقدين ، أو يجب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغي في التعامل من حسن نية ٠٠٠ والمعنى أن الصفة لا تكون جوهرية ، وبالتالي لا تؤثر في صحة العقد إلا إذا كانت كذلك في اعتبار المتعاقدين ٠

الغلط فى القانون :

يكون الغلط فى القانون على ما رأينا عندما يتوهم الشخص قاعدة قانونية على خلاف حقيقتها فيبرم العقد مدفوعا بهذا التوهم ٠

ونلفت النظر بأنه لا يجوز الخلط بين الغلط فى القانون على النحو الذى بسطناه وبين عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون ذلك أن من يتمسك بالغلط فى القانون يهدف إلى تطبيق أو إعمال حكم القانون أما من يتمسك بالجهل بالقانون فإنما يهدف إلى استبعاد تطبيق حكم القانون عليه ، وهو غير جائز أو محظور ٠

ومثال الغلط في القانون أن يتصرف الوارث في التركة على أساس أن القانون يعطيه الربع ، فإذا القانون يعطيه النصف ، وبالتالي يكون لمن وقع فى

الغلط في القانون على هذا النحو التمسك به لأنه لا يهدف إلى استبعاد حكم القانون بل إلى تطبيقه ، وإعمال حكمه .

ومثال الجهل بالقانون أن يرتكب شخص جريمة في القانون، ويدعى بأنه يجهل حكم القانون فيها فلا يجوز له الاعتذار بجهله لأنه يهدف إلى استبعاد حكم القانون عليه بحجة الجهل به .

وبين طلب إعمال حكم القانون وطلب استبعاده يكمن الفرق بين الغلط في القانون وعدم جواز الاعتذار بجهل القانون،والأول جائز ، والثاني محظور .

وأخذا من نص المادة ١٢٢ مدني يكون العقد قابلا للإبطال للغلط في القانون، إذا توافرت فيه شروط الغلط في الواقع طبقا للمادتين السابقتين وإجمالا ، فإن الغلط في القانون يؤدى إلى إبطال العقد إذا تحققت الشرائط الآتية :

١. أن يكون من شأن الغلط في القانون إعمال حكم القانون، لا استبعاده ولذا، لا يكون للمؤجر مثلا الذي تجاوز الحد الأقصى للأجرة أن يحتج بجهله بحكم القانون لإبطال عقد الإيجار .
٢. أن يكون الغلط جوهريا ، وهو لا يكون كذلك إلا إذا كان دافعا إلى إبرام العقد ، وقد قدمنا بأن الغلط يكون جوهريا إذا وقع في صفة جوهرية للشيء كأن يبيع الوارث نصيبه في التركة على أساس أن القانون يعطيه الربع ، فإذا به يستحق النصف . كذا ، يكون الغلط جوهريا إذا وقع في صفة للشخص تكون جوهرية ، كمن يتعاقد مع شخص على أنه بالغ سن الرشد فإذا به يجهل حكم القانون الجديد الذي يرتفع سن الرشد إلى الحادية والعشرين .
٣. أن يقع الغلط في قاعدة قانونية ليست محلا للخلاف ، بأن نص عليها التشريع ، أو استقر عليها القضاء والفقه ، أما الغلط في القواعد

القانونية الخلافية فليس مسوغا لإبطال العقد بمعنى أنه إذا أقدم المتعاقد على إبرام العقد مرجحا رأيا على آخر ، لم يكن له طلب الإبطال ، حتى ولو استقرت القاعدة بعد ذلك على الرأي الذي يرجحه.

٤. وأخيرا يجب ألا يكون القانون قد نص على عدم الاعتداد بالغلط في القانون، ومن ذلك مثلا أن نص المادة ٥٥٦ مدني صريح بعدم جواز الطعن في عقد الصلح لغلط في القانون ٠

ويبقى أن نوضح أنه إذا كان الغلط في الواقع أو في القانون فلا يجوز لمن وقع في الغلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع حسن النية ٠ ومن ذلك مثلا أن يبيع شخص الشيء على أنه أثرى بثمن مرتفع ، فإذا به غير ذلك ، فلا يكون للمشترى التمسك بإبطال العقد للغلط برغم تحقق شرائطه إذا عرض عليه البائع شيئا أثريا ، والقول بغير ذلك يعنى الخروج على مقتضيات حسن النية في التعامل ولعل هذا ما قصدته المادة ٤/١٢٤ بأن من وقع في الغلط في هذا الفرض يبقى ملزما بالعقد الذي قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذه ٠ ولا يجوز التمسك بالإبطال للغلط إذا كان من شأنه تحقيق مصلحة غير مشروعة وذلك إعمالا لنص المادة ٥/ب مدني [٦٥]٠

فإذا أبرم صاحب العمل عقد العمل على اعتبار أن العامل ليس له نشاط نقابي، أو ينتمي إلى ديانة معينة، لا يكون له التمسك بإبطال العقد للغلط إذا اتضح غير ذلك فإبطال العقد، يرمى إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة ٠

---

[65] وبهذا يكون استعمال الحق غير مشروع ٠٠٠ إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة ٠

المحور الثاني

التدليس Le Dol

نصان، تعليق وتقسيم:

تقضى المادة ١٢٥ مدني بأنه يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التى لجأ إليها احد المتعاقدين ،أو نائب عنه ، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد .

ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة، إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة .

وتنص المادة ١٢٦ على انه إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس .

والمعنى أن المشرع قد تناول شروط التدليس كعيب من عيوب الإرادة بأن يكون دافعا إلى التعاقد ، وأن يكون متصلا بعلم المتعاقد الآخر ، بأن يكون صادرا منه ، أو عالما به إذا صدر من الغير .

بينما عرضت الفقرة الثانية من المادة ١٢٥ لحالة يعتبر فيه السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة تدليسا يترتب عليه إبطال العقد، إذا تبين بأن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة

والمتأمل بالنصين المذكورين يرى بأن التدليس لا يقوم بغير عنصرين أحدهما نفسي أو معنوي وهو وجود نية التضليل أو التدليس لدى المدلس والعنصر الثاني مادي أو موضوعي هو الوسائل الاحتيالية

والتدليس بعنصريه، وشرائطه، يختلف عن الغلط ونعرض بداية لماهية التدليس، قبل أن نتناول عناصره وشرائطه، وأثره على النحو الآتي:-

أولا: ماهية التدليس:

التدليس أخذا من نص المادة ١٢٥ هو إيهام المتعاقد بأمر مخالف للحقيقة بقصد حمله على إبرام العقد ٠ وبذا يبدو الفرق بين الغلط والتدليس ٠ فالأول وهم ذاتي يقع فيه المتعاقد ، بحيث يتصور الأمر على غير حقيقته بما يدفعه إلى إبرام العقد ٠ والثاني إيهام صادر من المتعاقد الآخر ، أو صادر عن الغير ، ويعلم به المتعاقد الآخر ٠ ففي التعاقد والتدليس ثمة تصور مخالف للحقيقة لولاه لما أقدم المتعاقد على غبرام العقد ٠ وهو في الغلط وهم ذاتي ، وفي التدليس إيهام خارجي ٠ ففي القانون المصري إذا كان الغلط تلقائيا أو نائشا من التدليس ، فإنه يؤدى لإبطال العقد وبذا يثور التساؤل عما إذا كانت نظرية الغلط تغني عن نظرية التدليس ٠ الواقع أن ثمة فرق بين الغلط والتدليس ، أي بين الوهم ، والإيهام حتى ولو كان كل منهما دافعا إلى إبرام العقد ٠ هذا الفرق يتمثل في أن إثبات الغلط أصعب من إثبات التدليس فالثاني بعكس الأول يقوم على طرق احتيالية مادية يلجأ إليها المدلس ويسهل إثباتها أما الغلط فهو على ما رأينا يقوم على أمر نفسي بحت يصعب إثباته ٠ كذا فالتدليس بخلاف الغلط ، خطأ عمدي وهو من هذه الناحية عمل غير مشروع يرتب عليه، فضلا عن إبطال العقد لمصلحة المدلس عليه ، إلزام المدلس بالتعويض عن الأضرار الناشئة عنه ٠ ولذا ، وردت نظرية التدليس مستقلة عن الغلط في التقنين المدني المصري ٠

ثانيا: عنصرا التدليس

عنصران في التدليس ، أحدهما نفسي أو معنوي هو نية التضليل ، والثاني مادي ـو موضوعي ، هو الطرق الاحتيالية ٠

ـ أما نية التضليل فيفسرها فيما قدمنا أن التدليس بعكس الغلط ، خطأ عمدي ، لا يقوم إلا إذا تعمد المدلس خداع ، أو تضليل المدلس عليه ٠ويترتب على ذلك أنه إذا انخدع أحد المتعاقدين بمظهر الثراء لدى المتعاقد الآخر ، فأقدم على

إبرام العقد فإن ذلك لا يعتبر تدليسا • وإذا سكت أحد المتعاقدين عن ذكر بيان يهم المتعاقد الآخر ، فإن الأصل أنه لا يعتبر تدليسا •

وإذا ذكر التاجر مزايا بضاعته بقصد الترويج لها أو الإعلان عنها • فالأصل أنه لا يعتبر تدليسا ، مادام مألوفا في التعامل فغذا لم يقصد المدلس غش أو تضليل المدلس عليه ، لا يقوم التدليس ، وهو ما أكدته محكمتنا العليا ، حديثا بأنه يشترط في الغش أو التدليس – أن يكون ما استعمل في خداع المتعاقد حيلة ، وأن تكون هذه الحيلة غير مشروعة قانونا[٦٦] •

ولا يكفى لقيام التدليس ، نية التضليل لدى المدلس بل يلزم فوق ذلك سلوك خارجى أو أعمال مادية يلجأ إليها المدلس لإخفاء الحقيقة عبر عنها المشرع بلفظ " الحيل " بما في ذلك مثلا ، انتحال المتعاقد صفة كاذبة، أو تقديم وثائق أو مستندات مزورة أو تقديم عقود إيجار وهمية ، أو تقديم ضمانات بممتلكات وهمية للبنوك بقصد الحصول على الائتمان ••• ونحو ذلك • فإذا تبين بأن الحيل التى لجأ إليها المتعاقد هى الدافعة إلى إبرام العقد ، أمكن طلب إبطاله للتدليس •

وإنما يثور التساؤل بصدد ما إذا كان يكفى الكذب ، أو السكوت بذاته لقيام التدليس ؟

ونسارع للتنويه بمسألتين : الأولى ، أن الكذب أو السكوت المقصود ، ليس هو الكذب المألوف فى التعامل بما في ذلك مثلا مبالغة التاجر في امتداح بضاعته ، أو سكوت المتعاقد عن ذكر عيوب جرى العرف عليها في المبيع • فإذا تجاوز السكوت أو الكذب الحد المألوف ، وتعلق بواقعة لو علم بها المتعاقد الآخر ، لما أقدم على إبرام العقد ، فإنه يتعين عندئذ اعتباره تدليسا ، يجيز للمتعاقد الآخر طلب إبطال العقد • ومن ذلك مثلا ، كذب المؤمن له في البيانات

---

[66] مثلا – نقض ١٩٩١/١١/٢٩ / طعن ١٢٩٧ / س ٥٦ ق •

التى يسأل عنها المؤمن بشأن الخطر المؤمن عليه ، أو سكوت البائع في عقد البيع العقاري عن إعلام المشترى بنزع الإدارة ملكية العقار للمنفعة العامة في المستقبل القريب ٠

أما المسألة الثانية ، أن المتعاقد يلتزم بالإعلام أو بالإفصاح أو بمصارحة الطرف الآخر ، ببيانات محددة ، إما بنص القانون ، أو لطبيعة العقد المراد إبرامه ٠ ومثال الأولى ما ورد بنص المادة ٢/٧٥٢ مدني ، من التزام المؤمن له – في عقد التأمين ، بعدم إخفاء بيانات متعلقة بالخطر المؤمن منه ، أو تقديم بيانات غير صحيحة أو دقيقة عن هذا الخطر ٠

وقد ينشا الالتزام بالإفصاح أو بالإعلام من طبيعة العقد ذاته، ومن ذلك مثلا، ما جرى عليه القضاء الفرنسي بأن صانع المنتجات الدوائية مسئول عن مخالفة الالتزام بإعلان المشترى تفصيليا عن الأعراض الجانبية للدواء[67] ٠

وعلى ذلك ورد نص المادة ٢/١٢٥ مدني صريحا بأن السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة يعتبر تدلسيا إذا ثبت بأن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة " ٠

ثالثا - شروط الإبطال للتدليس

لا يكفى لقيام التدليس توافر عنصريه المعنوي والمادي بل يلزم فوق ذلك توافر شرطين هما: أن يكون التدليس دافعا إلى التعاقد – وأن يكون متصلا بالمتعاقد الآخر، أي يكون صادرا منه، أو على علم به إذا كان صادرا من الغير٠

الشرط الأول- أن يكون التدليس دافعا إلى التعاقد:

والمقصود أن التدليس غير الدافع لا يعيب الإرادة ، وبالتالي لا يكون سببا لإبطال العقد ٠ وهو مبدأ عام في عيوب الإرادة جميعا ٠ وإنما يقتصر أثر

[67] نقض مدني ١١ أكتوبر ١٩٨٣/ بلتان مدني /٢٠٤/١ ٠

التدليس غير الدافع على إلزام المدلس بتعويض المدلس عليه عما أصابه من ضرر بسبب التدليس • ويضرب الفقه مثلا على التدليس غير الدافع بأنه لا يحمل المتعاقد على إبرام العقد بل يحمله على الرضي بشروط أشد مما كان يقبلها لولاه • بما في ذلك تقديم بائع المحل التجاري لمستندات وهمية على أرباح يحتثها فيدفع المشترى فيه ثمنا أعلى ، ما كان يدفعه لو علم بالحقيقة •

أما التدليس الدافع على إبرام العقد فلا يتحقق إلا إذا كانت الحيل التى لجأ إليها أحد المتعاقدين ، أو نائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد ، وهو عندئذ يؤدى إلى إبطال العقد •

على أن التفرقة بين التدليس الدافع ، والتدليس غير الدافع منتقدة من جانب الفقه الحديث لصعوبة الفصل بين الصورتين من ناحية ، ولأنها تفرقة مصطنعة ، بين قبول التعاقد في ذاته وبين قبوله بشروط معينة من ناحية أخرى • وحقيقة الأمر ، أن الرضي لا يتجزأ ، إما أن يقبل المتعاقد العقد بشروطه أو لا يقبله • فإن كانت إرادته سليمة وقع العقد صحيحا ، وإن كانت معيبة أمكنه طلب الإبطال للتدليس •

ولا يخفى بأن المدلس عليه – في جميع الحالات – أن يكتفي بطلب التعويض اعتبارا بأن التدليس عمل غير مشروع ، وإذا طلب إبطال العقد في حالات التدليس الجسيم ، فإن المتعاقد الآخر يعرض عادة تعديل شروط العقد بما يرفع الضرر [68] فإن رفض المدلس عليه ذلك كان متعسفا في استعمال حقه ، إذا كان التدليس صادرا من الغير ، وعلم به المدلس •

الشرط الثاني اتصال المتعاقد الآخر بالتدليس:

يجب أن يصدر التدليس من المتعاقد الآخر ، فإن كان صادرا من الغير لا يعيب الإرادة إلا إذا تبين أن المتعاقد الآخر كان على علم به ، أو كان من السهل

---

[68] بما في ذلك مثلا رد الثمن الذي دفعه المشترى بالزيادة في المثال الوارد بالمتن•

عليه أن يتبينه ٠ فإذا لم يثبت المدلس عليه ذلك لا يجوز إبطال العقد ، ويمكن مع ذلك طلب التعويض من الغير الذي صدر منه التدليس ، وهو مبدأ عام في عيوب الرضي ، قصد منه العمل على استقرار التعامل ، وحتى لا يفاجأ العاقد الآخر بابطال العقد ٠

ثالثاً - إثبات التدليس، أثره:

أ- إثبات التدليس:

القاعدة، أن سلامة الرضي مقدرة، وعلى من يدعى العكس إثباته ٠ وبذا على المدلس عليه عبء إثبات التدليس، أي بإقامة الدليل على توافر عنصريه النفسي والمادي وتحقق شروطه ٠

وإثبات التدليس أيسر من إثبات الغلط لأن في الأول طرق احتيالية يسهل إقامة الدليل عليها فيما الثاني أمر نفسي ، أوباطنى لا يتيسر دائما إثباته ٠ على أن تأثير الطرق الاحتيالية على إرادة المدلس عليه يقدر بمعيار شخصي ٠ ذلك أن وسائل التدليس يختلف تأثيرها بحسب ظروف كل شخص على حدة ٠ فما يؤثر في إرادة ة جاهل لا يؤثر على إرادة متعلم ، وهى مسألة على أية حال يترك تقديرها لقاضى الموضوع ٠

٢- أثر التدليس :

إذا تحققت شرائط التدليس ، فإن الجزاء طلب المدلس عليه إبطال العقد والتعويض إذا كان له مقتضى ٠ فإذا لم تتوافر شرائط التدليس أمكن للمدلس عليه مع ذلك طلب التعويض عما ترتب عليه من ضرر إعمالا لقواعد المسئولية التقصيرية ٠ وهو ما يحدث عادة إذا كان التدليس غير دافع على التعاقد ، أو كان صادرا من الغير ولم يعلم به الطرف الآخر في العقد ولم يكن سهلا عليه أن يعلمه٠

وفى كل الحالات لا يجوز التمسك بالتدليس على وجه يتعارض مع حسن النية ولا يغير من ذلك أن تتحقق شرائط التدليس جميعا بما يخول للمدلس عليه طلب إبطال العقد بحيث إذا طلب المدلس تعديل شروط التعاقد بما يزيل التدليس لا يكون للمدلس عليه – مع ذلك – التمسك بإبطال العقد .

المحور الثالث - الإكراه

La Violance ou la crainte

نصان تعليق وتقسيم:

تقضى المادة ١٢٧ مدني بأنه " يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق ، وكانت قائمة على أساس – وتكون الرهبة قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطرا جسيما محدقا يهدده أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال ٠

ويراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه الإكراه ، وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامة الإكراه ٠

وتنص المادة ١٢٨ على أنه إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المكره طلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الإكراه ٠

ويلاحظ على النصين بأن الأول يعرض لشرائط الإكراه كعيب في الرضي وتتمثل في تهديد أو ضغط غير مشروع ، وأن يتولد عن هذا التهديد أو الضغط رهبة تدفع إلى التعاقد فيما أضاف النص الثاني لذلك أن يصدر الإكراه من أحد المتعاقدين أو من الغير ، وفى الحالة الأخيرة ، يجب أن يعلم المتعاقد الآخر أو كان يجب عليه العلم به حتى يمكن للمكره طلب الإبطال ولا يمكن أن نعرض لشرائط الإكراه إلا إذا حددنا بداية المقصود به ٠

أولا- تعريف الإكراه:

الإكراه ضغط أو تهديد يتعرض له أحد المتعاقدين مما يولد في نفسه رهبة أو خوف يدفعه إلى إبرام العقد لولا هذه الرهبة ، لما أقدم على التعاقد ٠

والإكراه على نوعين : أحدهما يعدم الإرادة تماما كما لو وقع المتعاقد على العقد تحت تأثير السلاح أو أمسك أحد المتعاقدين بيد المتعاقد الآخر لإجباره على التوقيع على العقد • وفى هذه الحالة يكون العقد باطلا بطلانا مطلقا لانعدام الإرادة ولا يدخل في نطاق دراستنا •

أما الإكراه كعيب في الإرادة ، فهو يتولد عن الضغط أو التهديد الذي يولد في نفس المتعاقد رهبة تدفع إلى التعاقد • وفيه لا تنعدم الإرادة ، بل تكون معيبة ، ويكون العقد قابلا للإبطال لا باطلا • وبعبارة أخرى فإن ما يعيب الإرادة في الإكراه ليست أعمال الإكراه ذاتها ، بل ما يتولد عنها من رهبة أو خوف يدفع إلى إبرام العقد وبذا يقترب الإكراه – من هذه الناحية – مع التدليس •

ويقترب الإكراه من التدليس من حيث أن عيب الرضي يتحقق ليس من أعمال الإكراه في ذاتها وليس من وسائل الاحتيال نفسها ، وإنما بما يتولد عن الأولى من رهبة أو خوف ، وما ينشأ عن الثانية من غلط وفى الحالتين ثمة عمل خارجي يفسد الرضي ، ضغط أو تهديد في الإكراه ووسائل احتيالية في التدليس

وأخيرا، فالإكراه كالتدليس عمل غير مشروع، يمكن أن يترتب عليه فضلا عن إبطال العقد، طلب التعويض إذا كان له مقتضى •

ومع ذلك يختلف الإكراه عن التدليس من حيث أن المكره على علم أو بينة بحقيقة التعاقد، ولا يدفعه إلى إبرام العقد سوى الرهبة أو الإجبار، أما المدلس عليه، فيبرم العقد وهو على غير بينة أو على غير دراية بحقيقة العقد •

ثانياً - شروط الإكراه:

يشترط في الإكراه كعيب من عيوب الإرادة أن يصدر ضغط أو تهديد غير مشروع ، وأن يتولد عن هذا الضغط أو التهديد رهبة تدفع إلى التعاقد •

الشرط الأول: الضغط أو التهديد غير المشروع:

لا يقصد بوسائل الضغط أو التهديد أعمال العنف المادية ، بل يمكن أن يتحقق الضغط أو التهديد لمجرد النفوذ الأدبي ، بما في ذلك مثلا نفوذ الأب على ولده ، ورجل الدين على المتدين إذا تبين أنه بعث في المتعاقد رهبة أو خوف حملته على إبرام العقد . أما الخوف غير المقترن بوسائل الضغط غير المشروع ، فإنها لا تكفى بذاتها لقيام الإكراه.

ويستوي بعد ذلك ، أن تتوجه وسائل الضغط أو التهديد إلى المتعاقد نفسه أو إلى غيره ، كشخص قريب ، أو عزيز على المتعاقد مادامت قد ولدت في نفسه رهبة ، أو خوف لولاها لما أقدم على إبرام العقد .

وأخذا من نص المادة ١٢٧ مدني يتعين أن تقوم الرهبة أو الخوف على أساس ، وهى تكون كذلك إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطرا جسيما محدقا يهدده هو أو غيرها في النفس ، أو الجسم أو الشرف أو المال .

ولا معنى لاشتراط أن يكون التهديد جسيما ، مادام أن العبرة أن يكون قد ولد في النفس رهبة تدفع إلى التعاقد وبعبارة أخرى ، إذا تولدت عن وسائل الضغط أو التهديد رهبة أو خوف دفع المتعاقد إلى إبرام العقد ، فمعنى ذلك أنه تهديد جسيم ومحدق أو حال حتى لو كان غير ذلك ، وتصوره المكره على هذا النحو فالمهم هو حالة الشخص النفسية ومدى تأثره بما توجه إليه من أعمال التهديد .

كذا ، فاشتراط كون الخطر محدقا أو حالا أمر لا نفهمه مادام التهديد بخطر مستقبل يمكن أن يبعث رهبة تدفع إلى إبرام العقد ، فالعبرة فيما أدى التهديد إلى إفساد الرضي أو عدم إفساده بالحالة النفسية للمتعاقد . وبذا فلفظتي جسيما ، ومحدقا ، الواردتين بنص المادة ١٢٧ مدني ، فضله وزائده لا فائدة منهما .

فيمكن أن يكون الإكراه غير جسيم وغير محدق ومع ذلك يبعث في نفس المتعاقد رهبة تدفعه إلى إبرام العقد ٠

والمهم، أنه يجب أن تكون وسائل الضغط أو التهديد غير مشروعة لأجل التوصل إلى غرض غير مشروع ٠

والمعنى أنه إذا كانت وسائل الضغط مشروعة ، لأجل التوصل لغرض مشروع فلا يبطل العقد بسبب الإكراه ، بما في ذلك مثلا تهديد الدائن لمدينه برفع دعوى شهر إفلاسه إذا لم يقم بسداد ديونه أو ممارسة الدائن الضغط على المدين ، قبل إفلاسه ، بتقديم تأمين أو رهن لضمان ديونه ٠ فعقد الرهن لا يجوز طلب إبطاله ٠ ففي الحالتين لم يهدف الدائن بوسائل الضغط المشروعة سوى الحصول على الحق ٠

فإذا كانت وسائل الضغط مشروعة لأجل التوصل إلى غرض غير مشروع ، اعتبر العقد قابلا للإبطال للإكراه ٠ ومن ذلك مثلا أن يهدد الدائن مدينه باتخاذ إجراءات الحجز ، إذا لم يدفع له أكثر من مبلغ الدين فالعقد قابل للإبطال للإكراه ٠

الشرط الثاني - أن تكون الرهبة أو الضغط دافعا إلى التعاقد:

- قدمنا بأن إبطال العقد للإكراه لا ينشأ عن الضغط أو التهديد في ذاته ، بل لما يبعثه في نفس المكره من خوف أو رهبة تدفعه إلى إبرام العقد ٠
- ونلفت النظر بهذا الصدد إلى مسائل ثلاث ، الأولى أنه يعتد في تقدير الإكراه بمعيار ذاتي أو شخصي ، يأخذ في اعتباره جنس من وقع عليه الإكراه ، وسنه ، وحالته الاجتماعية ، والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامة الإكراه ، وإجمالا يعتد في تقدير الإكراه ، بجميع الظروف ، والملابسات التى تتعلق بالمكره ، والتي أحاطت

أعمال الإكراه ، بما في ذلك مثلا ظروف الزمان " ليلا ، أو نهارا " والمكان " في العمران أو في مكان غير آهل بالسكان " ٠ ٠

- والمسألة الثانية ، أن تكون الرهبة أو الخوف هى الدافعة إلى إبرام العقد ، ولا تكون كذلك إذا تبين مثلا أن المتعاقد أبرم العقد لتحقيق مصلحته وأن الرهبة لم تكن موجودة وقت إبرام العقد ويترك تقدير المسألة لمحكمة الموضوع ٠

- وأخيرا ، يستوي أن تصدر أعمال الإكراه التى تدفع إلى التعاقد من المتعاقد الآخر ، أو من الغير فإن صدرت من الغير ، فإنها لا تكون سببا لإبطال العقد إلا إذا كان هذا المتعاقد يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الإكراه ٠

- والمعنى ،أنه إذا صدرت أعمال الإكراه من الغير ، ويتبين أن المتعاقد لا يعلم بها حقيقة ولا فرضا ، فإنه لا يجوز إبطال العقد عليه على سند من القول بأن المتعاقد مع المكره – في هذا الفرض – حسن النية غير مقصر ٠ ويجوز للمكره أن يرجع بالتعويض على الغير الذي أكرهه على أساس المسئولية عن العمل غير المشروع ، " أو المسئولية التقصيرية " ٠

- وبأخذ حكم الإكراه الصادر من الغير ، حالات الإكراه الناشىء من ظروف خارجية أو من حالة الضرورة ٠ بما في ذلك أن يبرم المريض عقد العلاج الطبي ، بمبلغ باهظ لأنه كان مهددا بالموت ٠ وأن يدفع شخص مشرف على الغرق مبالغ باهظة لصاحب زورق لأجل إنقاذه ٠٠٠ وما إلى ذلك ٠

- ويجوز في الإكراه الناشيء من حالة الضرورة للمكره طلب إبطال العقد ، إذا تبين أن المتعاقد الآخر يعلم ، أو كان من المفروض حتما أن يعلم بحالة الضرورة ٠

ثالثاً- أثر الإكراه وإثباته

الجزاء المترتب على الإكراه، كعيب في الرضي، أن يكون العقد قابلا للإبطال لمصلحة المكره ٠

على أن الإكراه – فيما قدمنا – عمل غير مشروع يخول لمن وقع عليه فضلا عن الحق في إبطال العقد

طلب التعويض عما نشأ عنه من أضرار ٠

أما عن إثبات الإكراه، فالقاعدة القاعدة على ما رأينا أن سلامة الرضا مقدرة ، وعلى من يدعى العكس إثباته ٠ وبذا ، على المكره إثبات أعمال الإكراه غير المشروع ، وكذا إثبات أنها ولدت في نفسه رهبة لولاها لما أدم على إبرام العقد

وتقدير ما إذا كان الإكراه مؤثرا أو غير مؤثر، مسألة واقعية يترك تقديرها لمحكمة الموضوع دون رقابة من محكمة النقض ٠

أما تقدير ما إذا كانت أعمال الإكراه ذاتها مشروعة أو غير مشروعة فهى مسألة قانونية تدخل في رقابة محكمة النقض ٠

المحور الرابع : الاستغلال

L'explotation

نصان تعليق وتقسيم :

تنص المادة ١٢٩ مدني على أنه " إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر ٠ وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا أن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا ، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد " ٠

ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة ٠

ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن ٠

وتقضى المادة ١٣٠ بأنه يراعى في تطبيق المادة السابقة عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود أو بسعر الفائدة ٠

ونسارع للتنويه بداية بأن المشرع استخدم مصطلحات الاستغلال والغبن فى النصين وبينهما فروق نجملها فيما يلي :

أن الغبن ، هو مجرد عدم التعادل في القيمة القائمة وقت إبرام العقد بين ما يقدمه كل متعاقد وما يأخذ في عقود المعاوضة ، المحددة ٠ وقد ورد النص عليه في حالات محددة في القانون المصري ، بما في ذلك مثلا بيع العقار

المملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية إذا تجاوز الغبن خمس قيمة العقار بالمادة٤٢٥ مدني[٦٩].

والغبن الذي يزيد على خمس قيمة نصيب المتقاسم في عقد القسمة بالمادة ٤٢٥ مدني[٧٠].

والغبن أمر مادي بحيث يمثل في خسارة تلحق أحد العاقدين من العقد • أما الاستغلال كعيب في الرضي لا يكفى لقيامه عدم التعادل المادي بل لابد أخذا من المادة ١٢٩ مدني من إثبات وجود ضعف معين لدى الطرف المغبون استغله الطرف الآخر •

كما أن الاستغلال بعكس الغبن يجيز الطعن في العقود جميعا أي بما فيها عقود التبرع، والعقود المحتملة •

إن الجزاء عن الاستغلال بإفتراض توافر عنصريه المادي " وهو الغبن الفاحش " والنفسي "وهو الطيش البين والهوى الجامح "، إبطال العقد، ما لم يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن •أما الجزاء عن الغبن فليس إبطال العقد ، بل تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل في بيع العقار المملوك لناقص الأهلية ، أو نقض القسمة الرضائية من المتقاسم الذي لحقه غبن فيها يزيد على الخمس ، ما لم يقم المدعى عليه بتكملة الجزء الناقص من حصة المتقاسم المغبون •

وإذا كان الاستغلال يقوم على عنصرين أحدهما مادي يتمثل في عدم التعادل الجسيم أو الفاحش بين الالتزامات المتبادلة في العقد • فإن المشرع لم

---

[69] وتقضى بأنه إذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية وكان في البيع غبن يزيد عن الخمس فللبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل • ويجب لتقيدر ما إذا كان الغبن يزيد على الخمس ان يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع •

[70] وتنص على أنه يجوز نقص القسمة الحاصلة بالتراضى إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه قد لحقه منها غبن يزيد علي الخمس، على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة• ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة وللمدعى عليه أن يقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا اكمل للمدعى نقدا أو عينا ما نقص من حصته •

يحدد نسبة معينة لما يعتبر عبثا فاحشا • أما في الغبن ، فهو لا يجيز طلب تكملة الثمن في بيع عقار مملوك لناقص الأهلية ، ولا نقض القسمة إلا إذا بلغ نسبة حددها المشرع بالخمس •

وجدير بالملاحظة أن الاستغلال كعيب في الإرادة لا يجيز طلب إبطال العقد إلا إذا كانت الخسارة التى لحقت أحد المتعاقدين متحققة وقت إنشاء العقد • أما إذا نفذ العقد ، ثم تغيرت الظروف فارتفعت أداءات أحد الطرفين ، لم نكن بصدد استغلال ولا يجوز طلب إبطال العقد •

وكذا إذا تغيرت الأداءات بعد انعقاد العقد :، وقبل تنفيذه وترتب على ذلك أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، ما لم نكن بصدد استغلال وإنما ظروف طارئة ، تجيز للقاضي بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول •

ونعرض للاستغلال كعيب في الرضي من حيث شروطه ، ثم نطاقه وأخيراً لإثبات الإستغلال وأثره •

أولا شروط الاستغلال:

الاستغلال على ما رأينا لا يقوم بغير شرطين أحدهما مادي يتمثل فيعدم التعادل الفاحش أو الفادح ، أو الجسيم بين الالتزامات المتبادلة في العقد والشرط الثاني نفسي أو معنوي أن ينشأ عدم التعادل عن استغلال أحد المتعاقدين لضعف نفساني في الآخر هو الطيش البين أو الهوى الجامح •

أ- الشرط المادي

لا يقوم الاستغلال كعيب في الإرادة إلا إذا وجد غبن فاحش عبرت عنه المادة ١٢٩ بقولها " أن التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد، أو مع التزامات المتعاقد الآخر •

والمعنى أنه لا يكفى مجرد الغبن لإمكان الطعن على العقد بالإبطال للاستغلال ، بل يجب أن يكون الغبن أو عدم التعادل فادحا أو فاحشا • إلا أن المشرع لم يحدد نسبة لما يعتبر غبنا فاحشا ، كالربع مثلا أو الخمس ويترك تقدير ذلك لمحكمة الموضوع ، بدون رقابة من محكمة النقض •

والمهم أن تقدير عدم التعادل من الالتزامات المتبادلة يتم وقت إنشاء العقد ، لا وقت تنفيذه • فإن تعلق الأمر بوعد بالتعاقد تعين الرجوع إلى وقت الوعد لا وقت إعلان الرغبة من جانب الموعود له بإبرام العقد الموعود به لتقدير الغبن الفاحش وذلك بالنسبة للواعد • بينما يجرى تقدير الغبن بالنسبة للموعود له في الوعد بالتعاقد وقت إعلان الرغبة لا وقت الوعد بالتعاقد •

ب- الشرط النفسي أو المعنوي:

قدمنا أن عدم التبادل ، بين الالتزامات المتبادلة في العقد لا يكفى لطلب إبطاله للاستغلال ، حتى ولو كان جسيما أو فاحشا إذ يشترط فوق ذلك أن ينشأ عدم التعادل عن وجود ضعف معين في الطرف المغبون استغله الطرف الآخر

ويتمثل الضعف النفساني في الطرف المغبون في الطيش البين والهوى الجامح • ويقصد بالطيش البين ، الخفة الزائدة التى تؤدى إلى التسرع ، وسوء التقدير أما الهوى الجامح فهوى رغبة عارمة تجعل صاحبها غير قادر على تبصر مصالحه بما في ذلك مثلا من أحكام المحاكم المصرية امرأة ترغب في الزواج من غير زوجها فتدفعها الرغبة في التعهد لزوجها بدفع مبالغ كبيرة للحصول على الطلاق فيعمد الزوج لاستغلال هذا الضعف النفسي أو يرث شاب ثروة كبيرة ، فيستغل المرابون ، حالة طيشه لتجريده من أمواله •

ثانيا - نطاق الاستغلال :

الاستغلال بالمعنى الذي بسطناه – يختلف عن الغبن من حيث أن الأول أوسع نطاقا وأبعد مدى من الثاني • فتنطبق نظرية الاستغلال كعيب في الرضي على عقود المعاوضات والتبرعات ، بينما لا يمكن الطعن في الغبن إذا كان العقد معاوضة كما تنطبق نظرية الاستغلال على العقود المحدده والاحتمالية كذلك ، على عكس الغبن الذي ينطبق على العقود المحددة دون الاحتمالية •

ثالثا - جزاء الاستغلال:

إذا تحققت شرائط الاستغلال المادية ، والنفسية ، أمكن الطعن في العقد بالإبطال • إلا أن المشرع جعل الدعوى الناشئة عن الاستغلال تسقط بمضي سنة واحدة من تاريخ إبرام العقد المطعون عليه ، لا من تاريخ انكشاف الاستغلال بينما يجوز الطعن في العقد لعيوب الإرادة الأخرى بمضي ثلاث سنوات تبدأ من تاريخ اكتشاف العيب في الغلط أو التدليس أو انقطاع الإكراه •

كما أجاز المشرع إذا كان العقد معاوضة ، للطرف الأخر أن يتوقى إبطال العقد للاستغلال ، إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن • والخيار بين الدعويين أي دعوى الإبطال للاستغلال ، أو دعوى إنقاص الالتزامات متروك للمتعاقد المغبون فغذا طلب إبطال العقد فإن القاضي ليس ملزما بالاستجابة إلى طلبه ، بل يجوز له الاكتفاء بإنقاص التزاماته إذا وجد من الظروف ما يبرره •

المبحث الثاني - المحل

نصوص قانونية، تعليق، وتقسيم:

تقضى المادة ١٣١ مدني بأنه يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه ، إلا في الأحوال التى نص عليها القانون ٠

وتنص مادة ١٣٢ على أنه "إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته كان العقد باطلا "٠

وتقضى ١٣٣ على أنه " إذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته ، وجب أن يكون معينا بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلا ٠ ويكفى أن يكون المحل معينا بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر التزم المدين بأن يسلم شيئا من صنف متوسط ٠"

وتنص م ١٣٤ " إذا كان محل الالتزام نقودا التزم المدين بقدر عددها المذكور دون أن يكون لارتفاع قيمة النقود أو انخفاضها وقت الوفاء أي أثر ٠

وأخيرا، تقضى المادة ١٣٥ على أنه إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا ٠

والمتأمل بالنصوص المذكورة يرى بأن المشرع قد عرض للمحل في خمس مواد تدل على الاهتمام بمحل الالتزام بوصفه الركن الثاني من أركان العقود ، وفيها تفرقة بين محل الالتزام ، ومحل العقد ويقصد بالأول ، الأداء الذي يلتزم به المدين ويقصد بالثاني العملية القانونية المقصودة من وراء الأداءات الناشئة من العقد ٠

وعرض المشرع لشروط محل الالتزام وقسمها إلى نوعين شروط للالتزام بالإعطاء وهو الشيء تتمثل في – أن يكون الشيء موجودا أو قابلا للوجود ٠

- وأن يكون داخلا في دائرة التعامل ٠
- وأن يكون معينا أو قابلا للتعيين ٠

فإن كان محل الالتزام عمل المدين " الإيجابي أو السلبي، فيجب أن تتوافر له الشرائط الآتية: أن يكون ممكنا وأن يكون مشروعا، وأن يكون عملا شخصيا من جانب المدين ٠

أما بخصوص محل العقد ، وهو على ما رأينا العملية القانونية التى يهدف إليها أطراف العقد فيتعين ألا يخالف النظام العام والآداب ، ومن ذلك خصوصا التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة ، فهو باطل ولو كان برضاه ٠

ونعرض بداية للتمييز بين محل العقد، ومحل الالتزام ثم لشروط محل الالتزام، وأخيرا شروط محل العقد ٠

أولاً ـ محل العقد ، ومحل الالتزام :

محل العقد هو العملية القانونية التى يسعى إليها أطراف العلاقة التعاقدية ، وهى عملية لا تتحقق إلا عن طريق عدد من الالتزامات ففي البيع مثلا ، يكون الهدف نقل الملكية مقابل ثمن وهو هدف لا يتحقق إلا عن طريق عدد من الالتزامات تقع على عاتق البائع بما فيها تسليم المبيع ، وضمانه ، ونقل الملكية وهذا هو محل التزام البائع ، والتزامات على عاتق المشترى منها دفع الثمن ، ومصروفات التعاقد فيما يسمى بمحل التزام المشترى ٠

وفى عقد الإيجار، يكون محال العقد، تسليم المأجور مقابل الأجرة المحددة بينما يكون محل التزام المؤجر، تسليم العين المؤجرة وضمان التعرض وضمان العيوب الخفية ويكون محل التزام المستأجر الوفاء بالأجرة وصيانة العين المؤجرة ٠

وقد يحتج على ذلك بأن محل العقد هو مجموع الالتزامات الناشئة منه ، وبالتالى لا مجال للتمييز بين محل العقد ، ومحل الالتزام ٠ ويرد على ذلك بأنه

قد يتوافر في محل الالتزام كافة الشرائط القانونية لكن العملية القانوينة التى يتغياها أطراف العقد هى المحرمة قانونا وعندها يبطل العقد ليس لتخلف شرائط محل الالتزام ، وإنما لعدم مشروعية العقد ٠ ولذا يحسن التمييز بين الاثنين على ما قدمنا فلكي ينعقد العقد ، يتعين توافر شرائط محل الالتزام ، وألا يكون محل العقد غير مشروع أو مخالفا للنظام العام أو الآداب

ثانياً: شروط محل الالتزام :

يمكن أن نميز فى شروط محل الالتزام بين الالتزام بإعطاء شيء ، وبين الالتزام بعمل المدين الإيجابي أو السلبي على التفصيل الآتي بيانه:

١- شروط المحل في الالتزام بإعطاء :

يقصد بالالتزام بإعطاء ، الالتزام بنقل الملكية أو الحق العيني ، ويجب أن يتوافر في الشيء الشروط الآتية :

- أن يكون موجودا أو قابلا للوجود
- أن يكون داخلا في دائرة التعامل
- أن يكون معينا أو قابلا للتعيين

● (أ) أن يكون الشيء موجودا أو قابلا للوجود ٠

الشيء محل الالتزام يجب أن يكون موجودا ، أو على الأقل قابلا للوجود والمعنى أنه يمكن كقاعدة عامة التعامل في شيء مستقبل ، بما في ذلك بيع أشياء تحت التصنيع ، وبيع المحصول قبل نضجه ، وبيع العين قبل الشروع في بنائها ٠

وتأكيدا ذلك ورد نص المادة ١٣١ مدني صريحا بأن محل الالتزام يمكن أن يكون شيئا مستقبلا ، ويستثنى من ذلك التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة فهو باطل حتى ولو كان برضاه إلا في الأحوال التى ينص عليها القانون ، كما يستثنى رهن المال رهنا رسميا أو حيازيا ٠ وكذا هبة المال المستقبل ٠

*** ب- أن يكون الشيء داخلا في دائرة التعامل :**

نسارع للتنويه بأن الأشياء التى تخرج عن دائرة التعامل وبالتالي لا تصلح أن تكون محلا للالتزام قد تكون كذلك إما لطبيعتها أو بسبب الغرض المخصصة له ، أو بنص في القانون ، أو لأنها غير مالية. فثمة أشياء تخرج عن دائرة التعامل لطبيعتها بما في ذلك الأشياء الشائعة أو المخصصة بالطبيعة لاستعمال الكافة ، بما في ذلك الضوء ، والشمس ، والهواء . فإذا تم إحرازها ، كانت داخلة في دائرة التعامل وبالتالي تصلح أن تكون محلا للالتزام بما في ذلك مثلا الهواء المضغوط .

وقد يخرج الشيء عن دائرة التعامل بسبب تخصيصه كالأشياء المملوكة للدولة لأنها مخصصة للنفع العام وإن أمكن مع ذلك تأجيرها ، لأن الإيجار لا يتعارض مع مبدأ تخصيصها للمنفعة العامة.

كذا يخرج الشيء عن دائرة التعامل بنص القانون بما في ذلك تحريم التعامل في المخدرات والجواهر السامة إلا لأغراض طبية ، أما التعامل على أعضاء الإنسان وبيوت الدعارة والقمار فهو مخالف للنظام العام والآداب .

وأخيرا، يخرج عن دائرة التعامل الحقوق غير المالية بأنواعها بما في ذلك الحقوق العامة والحقوق السياسية وحقوق الأسرة .

*** ج- أن يكون الشيء معينا أو قابلا للتعيين :**

إذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته ، وجب أن يكون المحل معينا بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلا ويكفى أن يكون المحل معينا بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره .

فالشيء محل الالتزام يكون معينا بالذات ، أي بوصفه وصفا مانعا للجهالة ، بما في ذلك الأرض والمنازل ، والسيارات .

وقد يكون معينا بالنوع فقط إذا كان من المثليات ، مثل القطن أو القمح ... ونحو ذلك حيث يعين بجنسه ونوعه ، ومقداره ويمكن ألا يعين مقدار الشيء إذا وجد في العقد طريقة لتحديده .

وإذا لم تذكر درجة جودة الشيء تعين على المدين أن يسلم شيئا متوسطا فيالجودة ما لم يوجد عرف يقضي بغير ذلك .

وأخيرا، إذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود وجب أن تعين بنوعها، ومقدارها ويلتزم المدين ، أخذا من نص المادة ١٣٤ مدني بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء بها أي أثر .

٢- شروط المحل في الالتزام أو الامتناع عن عمل:

إذا كان محل الالتزام أداء يقوم به المدين سواء كان إيجابيا، أو سلبيا تعين أن تتوافر له الشرائط الآتية:

أ- أن يكون العمل ممكنا .

ب- وأن يكون مشروعا .

ج- وأن يكون عملا شخصيا من جانب المدين .

أ- أن يكون العمل ممكنا :

إذا كان محل الالتزام عملا أو امتناعا عن عمل ، تعين أن يكون ممكنا .فإن كان مستحيلا في ذاته كان الالتزام باطلا وقد يكون عمل المدين الإيجابي أو السلبي مستحيلا استحالة مطلقة بالطبيعة ، أو بنص القانون ومثال الأولى ، التزام الطبيب بإجراء جراحة لشخص توفى فعلا ، ومثال الثانية التزام المحامى باستئناف حكم مضت المدة المحددة لاستئنافه . وفي الحالتين يكون الالتزام باطلا فإن كان عمل المدين أو امتناعه مستحيلا لأسباب لاحقة على قيام الالتزام

فإنها تؤدى إلى انقضاء الالتزام لاستحالة تنفيذه بحيث ينفسخ العقد بقوة القانون إن كان مردها سبب أجبنى لا يد للمدين فيه ٠

أما إذا كانت الاستحالة نسبية ، أي تقوم بالنسبة للمدين وحده فإنها لا تمنع قيام الالتزام ، ولا يترتب عليها بطلان العقد ، سواء كانت الاستحالة معاصرة لإبرام العقد أو لاحقة لنشوئه ٠ وإنما يسأل المدين بالتعويض عن عدم تنفيذ الالتزام ، كما يجوز للدائن أن يطلب فسخ العقد إذا كان ملزما للجانبين ٠

وإجمالا ، فإن استحالة الالتزام إذا كانت مطلقة ، ومعاصرة لإبرام العقد فهى وحدها التى تمنع قيام الالتزام وتجعل العقد باطلا ٠

ب- أن يكون العمل مشروعا :

يجب أن يكون محل الالتزام مشروعا فإذا كان مخالفا للنظام العام والآداب كان العقد باطلا ٠ وعلى ذلك إذا تعاقد شخصان على عمل من أعمال القتل ، أو السرقة ، أو إدارة أماكن للدعارة أو القمار كان العقد باطلا بطلانا مطلقا ٠

وإذا كان القانون يفرض على الشخص عملا معينا، فإن الامتناع عنه غير مشروع من ذلك مثلا أن يتعهد شخص لآخر بعدم الوفاء بالضرائب المستحقة عليه، أو بعدم أداء الخدمة العسكرية ٠٠٠ وفيهما، يكون محل الالتزام عملا غير مشروع ٠

ج- أن يكون العمل هو عمل المدين شخصيا:

فالقاعدة ألا يلتزم شخص بعمل يقوم به الغير وإن أمكن مع ذلك أن يضمن الشخص عمل الغير كالكفيل يضمن دين المدين الأصلي في مواجهة الدائن وفى هذه الحالة يقوم الكفيل بعمل شخصي هو الضمان ٠

كذا، يمكن أن يتعهد الشخص عن الغير بالمادة ١٥٣ مدني ولكن المتعهد يقصد إلزام نفسه لا إلزام الغير إذ لا يمكن لأحد أن يلزم غيره بدون إرادته فالاتفاق على إلزام الغير بعقد لم يكن طرفا فيه هو اتفاق باطل كما قلنا ٠

ثانيا : شروط محل العقد :

قدمنا بأنه يتعين التفرقة بين شرائط الالتزام وشرائط العقد اعتبارا بأن محل الالتزام هو الأداء الذي يتعهد به المدين سواء كان إعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل. أما محل العقد فهو العملية القانونية التى يتغياها أطراف العقد . وبذا لا يصح النظر إلى محل العقد على أنه مجموع الإرادات الناشئة عنه ، فقد يتوفر في محل الالتزام شرائطه ، بينما يكون محل العقد باطلا .

والمهم أنه يشترط في محل العقد أن يكون غير مخالف للنظام العام والآداب.

وفكرة النظام العام ، والآداب مرنة ، ونسبية ، وتستعصي على التحديد والقدر المتيقن ، أنها مجموعة الأسس الاقتصادية والسياسية والاجتماعية والخلقية التى يقوم عليها المجتمع وبذا ، يقع باطلا الاتفاق الذي يخالف للنظام العام أو الآداب بما في ذلك مثلا ، العقد الذي يلزم الشخص باعتناق دين معين كشرط في الوصية ، والعقد الذي يتنازل فيه الشخص عن حريته في العمل أو العقد الذي يتنازل به الشخص عن جنسيته ، أو تنازل الزوجة عن حقها في النفقة ، أو تنازل الزوج عن حقه في الطلاق . كما يقع باطلا العقد الذي تتنازل فيه الأم عن حقها في حضانة ولدها ولا يجوز الاتفاق في عقد العمل على إنقاص حقوق العامل عن الحد الأدنى المقرر في القانون .

كما يقع باطلا العقود التى تتعلق ببيوت الدعارة أو القمار بما في ذلك بيعها ، أو تأجيرها ، أو إدارتها ...

**التعامل على التركات المستقبلة :

الأصل على ما رأينا أنه يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا غير أن المشرع استثنى من ذلك أن يكون الشيء المستقبل تركة فنص صراحة على أن التعامل فيها باطل ، مادام صاحبها على قيد الحياة ولو كان برضائه ، إلا في الأحوال التى نص عليها القانون ٠

والتركة هى مجموع ما يتركه الإنسان عند موته من حقوق والتزامات ووجودها رهين بالوفاة ٠ فأثناء حياة الإنسان لا يمكن أن تكون أمواله تركة وبالتالي لا يجوز التعامل فيها سواء وقع من صاحبها أو من الغير ٠ ومثال الأولى أن يتفق شخص مع ورثته الإحتماليين على توزيع تركته عليهم خلافا لقواعد الميراث ٠ ومثال الثانية أن يبيع وارث احتمالي نصيبه الذي سيؤول إليه بالميراث عند وفاة مورثه إلى شخص آخر ٠

في الحالتين يقع التعامل باطلا، ولو كان برضاء الموروث والعلة في حظر التعامل من جانب الشخص في تركته، أن قواعد الميراث من النظام العام، لا يمكن الاتفاق على مخالفتها بالتعامل في التركة المستقبلة ٠

فإن كان التعامل في التركة المستقبلة من غير صاحبها كالوارث الاحتمالي ، فمرد الحظر حماية الوارث من طيشه ، أو تسرعه الذي يدفعه إلى بيع ما سيؤول إليه بثمن بخس ، وحتى لا تحدث مضاربة على حياة المورث أو رغبة فى التعجيل بوفاته ٠

المبحث الثالث- السبب

السبب فيما قدمنا الركن الأخير من أركان العقد، وفرق بين السبب، والمحل • والأول هو الإجابة عن التساؤل لماذا أراد المدين أن يلتزم ؟ بينما الثاني إجابة عن السؤال بم يلتزم المدين ؟

- وكما يتعين التمييز بين محل الالتزام ، ومحل العقد ، فإننا نفرق كذلك بين سبب الالتزام ، وسبب العقد وإن لم نجد هذه التفرقة في نصوص القانون المصري • وسبب العقد هو الباعث الدافع على التعاقد ، وسبب الالتزام هو قصد الملتزم من وراء قبوله التحمل بالتزام ما •

وللدلالة على التفرقة بين سبب الالتزام، وسبب العقد، نضرب المثال الآتي: شخص أراد السكن فقام بإبرام عقد إيجار، يلتزم بمقتضاه بالوفاء بالأجرة المحددة في العقد إلى المؤجر •

فسبب العقد في المثال المذكور هو السكنى وبعبارة أخرى الباعث الدافع على التعاقد هو سكنى العين المؤجرة ، أما سبب التزامه بدفع الأجرة للمؤجر فهو رغبته الانتفاع بالعين المؤجرة وبذا يتضح أن سبب العقد هو الغاية أو القصد البعيد المدى الذي يدفع إلى إبرام العقد وهو قصد يختلف من شخص إلى آخر ويجرى البحث عنه بالتالي وفقا لمعيار شخصي أو ذاتي هو الظروف التى المتعاقد على إبرام العقد •

أما سبب الالتزام ، وهو كما قدمنا ، القصد المباشر والقريب للملتزم من وراء تحمله بالالتزام فهو موضوعي يتعلق بموضوع التعاقد وليس ذاتي أو شخصي يتأثر بظروف كل متعاقد ، لذا فهو يتغير في العقود التى تنتمي إلى طائفة واحدة • فعلى عكس سبب العقد الذي يتغير فى كل عقد فإن سبب الالتزام واحد في كل طائفة واحدة من العقود ، أي في العقود الملزمة للجانبين ، أو

بالنسبة للعقود الاحتمالية ، أو بالنسبة للعقود الملزمة لجانب واحد ، أو في عقود التبرع ٠

وبمنأى عن الإغراق في نظريات فقهية متعددة بخصوص سبب العقد ، وسبب الالتزام ، فإنه يشترط في سبب الالتزام أن يكون موجودا ، وإلا كان العقد باطلا ويتعين لذلك تحديد وجوده في كل طائفة من العقود أما سبب العقد ، فيجب أن يكون مشروعا ، وبعبارة أخرى يجب ألا يكون مخالفا للنظام العام والآداب ٠

ونعرض فيما يلي لسبب الالتزام، ولسبب العقد ٠

المطلب الأول- سبب الالتزام

سبب الالتزام فيما رأينا هو القصد المباشر والقريب لتحمل الملتزم بالتزام ما ٠ وهون يتعلق بموضوع العقد لا بشخص المتعاقد ، ولذا فهو واحد في كل طائفة واحدة من العقود ولما كان سبب الالتزام يمكن أن يكون موجودا أو غير موجود فقد اشترط المشرع أن يكون سبب الالتزام موجودا وإلا بطل العقد لتخلف سبب الالتزام ٠ وقد نصت المادة ١٣٦ مدني على أنه " إذا لم يكن للالتزام سبب ، كان العقد باطلا فالنص إذن يقرر بطلان العقد إذا لم يكن للالتزام سبب فهي تشترط وجود سبب الالتزام ، لذا انتهى الفقه في أغلبه على أنه لا يشترط في سبب الالتزام سوى أن يكون موجودا ٠

١ـ تحديد سبب الالتزام في العقود المختلفة :

قدمنا بأن سبب الالتزام، الغاية أو القصد المباشر لتحمل الملتزم بالتزامه وهو واحد لا يتغير في كل طائفة واحدة من العقود على النحو الآتي:

أ- تحديد السبب في عقود المعاوضة الملزمة للجانبين :

العقد الملزم للجانبين فيما رأينا هوالذى يتبادل فيه الأطراف الأخذ والعطاء ٠ وفيه يكون سبب التزام كل من المتعاقدين هو التزام المتعاقد الآخر ففى عقد

البيع مثلا يكون سبب التزام البائع بنقل ملكية المبيع وتسليمه هو الحصول على الثمن وسبب النزام المشترى بدفع الثمن هوالحصول على المبيع وتسلمه ولا يتغير سبب الالتزام في عقد البيع ، لا باختلاف البائع ، ولا باختلاف الأشياء المبيعة ولا باختلاف المشترى٠ أنه واحد لا يتغير – ويتحقق شرط الوجود في طائفة عقود المعاوضة الملزمة للجانبين ، كلما تحقق المقابل المقصود لالتزام كل من المتعاقدين فإذا لم يوجد المقابل اعتبر العقد باطلا بمعنى أنه إذا لم يوجد المبيع في عقد البيع بطل العقد ليس لأن محل العقد غير موجود وإنما لأن المقابل لا يوجد أى يصبح التزام المشترى بلا سبب وهكذا في سائر عقود المعاوضة الملزمة للجانبين يكون سبب التزام المتعاقد هو التزام المتعاقد الاخر ، ينطبق ذلك على الإيجار والمقاولة والعمل والتأمين والنقل ٠٠٠ وغيرها ٠

ب- سبب الالتزام في عقود المعاوضة الملزمة لجانب واحد :

عقود المعاوضة الملزمة لجانب واحد هى فيما قدمنا التى تنعقد بقصد الوفاء بالتزام سابق قائم قبل العقد ، سواء كان التزاما مدنيا أو طبيعيا [71] ٠

وفى هذه الطائفة من العقود لا يكمن سبب الالتزام في المقابل كما هو الحال في العقود الملزمة للجانبين ، لأنه غير موجود أصلا، بل يتمثل سبب الالتزام في الواقعة التى كانت أساسا للعقد ٠ وعلى ذلك يكون سبب عقد الكفالة هو واقعة المديونية محل الكفالة وسبب الالتزام في عقد القرض ، تسلم المبلغ المقترض وسبب الالتزام بتعويض المضرور هوخطأ المسئول ٠

ج- سبب الالتزام في عقود التبرع :

عقود التبرع هى عقود لا ترتب منفعة إلا لأحد عاقديها فقط ، لأنه لا يقدم مقابلا للمنفعة التى حصل عليها ٠ وفيها يكون سبب التزام المتبرع هو نية التبرع ٠ ففى عقد الهبة يلتزم الواهب بنقل ملكية الشىء الموهوب به إلى

[71] أخذا من نص المادة ٢٠٢ مدني على أن الالتزام الطبيعي يصلح سببا لالتزام مدني ٠

الموهوب له لأن نيته اتجهت إلى التبرع إليه بهذه الملكية بلا مقابل • أما إذا تبرع شخص لآخر معتقدا أن المتبرع إليه قد أنقذ حياته ، ثم اتضح غير ذلك كان التبرع باطلا لأنه بلا سبب وينطبق ذات الحكم على سائر عقود التبرع بما فيها الوكالة غير المأجورة ، والوديعة بلا أجر •

فإذا انتهينا بأن سبب الالتزام هو القصد المباشر القريب لتحمل الملتزم بالتزامه ، وبأنه واحد في كل طائفة واحدة من العقود ، وبأنه يجب أن يكون موجودا ، فإننا ننبه بأن الوقت الذي يعتد فيه بوجود السبب ، أو عدم وجوده هو وقت انعقاد العقد • فإذا وجد السبب معاصرا لإبرام العقد ، كان العقد صحيحا ، ولا يغير من ذلك أن يزول سبب الالتزام بعد ذلك •

وتأكيدا لذلك وتفصيلا له ، حكم بأنه إذا كانت الخطبة هى السبب في تقديم الشبكة ، أي هى سبب التبرع فإن فسخها لا يمكن أن يؤدى إلى انعدام هذا السبب بعد أن تحقق [٧٢] •

وعلى عكس ذلك إذا لم يكن للالتزام سببا وقت التعاقد فإن العقد لا ينعقد ، أو بعبارة أخرى يكون باطلا بطلانا مطلقا • ويستثنى من ذلك ما يسمى بالتصرفات المجردة ، ففيها تنشأ الالتزامات المتولدة عنها متجردة عن سببها •أي تنعقد وتنشيء الالتزام ولو لم يكن لها سبب • وبعبارة أخرى لا يترتب على عدم وجود سبب الالتزام فيها بطلان العقد • ومثال التصرفات المجردة ، عقد الإنابة في الوفاء وينشأ بتراضي أطرافه الثلاثة وهم المدين الأصلي والمدين الجديد ويسمى " بالمناب " والدائن ويسمى " بالمناب إليه " على أن يقوم " المناب " بالوفاء بالدين إلى المناب إليه بدلا عن المدين الأصلي • وبصرف النظر عن الهدف الذي قصد المدين الجديد " المناب " تحقيقه من

---

[72] نقض ١٩٧٤/٥/٢٦ أحكام النقض س٢٥ ، ص ٩٨٤ •

وراء قبوله لسداد الدين عن المدين الأصلى وبالتالى يكون الوفاء بالدين صحيحا حتى ولو لم يكن للالتزام سبب "٠

المطلب الثانى : سبب العقد

سبب العقد فيما رأينا هو القصد أو الدافع غير المباشر أو البعيد الذي يدفع الشخص إلى إبرام العقد ويقدر هذا القصد بمعيار ذاتى أو شخصى ٠ لذا ، فهو بعكس سبب الالتزام يتغير بحسب ظروف وملابسات التعاقد ٠ ولا يكفى لقيام العقد ، أن يوجد سبب لالتزام المتعاقد بل يتعين فوق ذلك أن يكون سبب العقد مشروعا ٠ وهو ما عبرت عنه المادة ١٣٦ مدني بأنه إذا كان سبب الالتزام مخالفا للنظام العام والآداب كان العقد باطلا ٠ وانتهينا إلى أن المقصود بالمشروعية ، هو سبب العقد لا سبب الالتزام ٠

وعليه ، إذا كان الدافع لإبرام عقد الإيجار هو إدارة العين المؤجرة لأعمال الدعارة ، أو القمار ، أو إخفاء المسروقات كان العقد باطلا لعدم مشروعية سببه ، وإذا كانت الهبة المقدمة لإمرأة ، بدافع تحريضها على إقامة علاقات جنسية خارج عقد الزواج ، كان العقد باطلا لعدم مشروعية سببه ٠

والمهم أن اشتراط مشروعية سبب العقد ، الهدف منها حماية المجتمع من العقود التى تخالف النظام العام أو حسن الآداب ٠

على أن استقرار المعاملات ، وحماية حسن النية فى التعاقد تقتضى عدم بطلان العقد لعدم مشروعية سببه إلا إذا اتصل بعلم المتعاقد الآخر ، أى إذا كان المتعاقد الآخر يعلم بعد مشروعية الدافع إلى التعاقد أو كان من المفرووض حتما أن يعلمه ٠ ولذا ، حكم بأن السبب غير المشروع الذي من شأنه أن يبطل العقد وفقا لحكم المادة ١٣٦ مدني يجب أن يكون معلوما للمتعاقد الآخر ، فإذا لم

يكن على علم بـه أو ليس فـي قدرتـه أن يعلم بعدم المشروعية فلا يعتد بعدم المشروعية ٠

وعلى ذلك إذا اقترض شخص من آخر بغرض إستخدام القرض للإتجار في المخدرات ، فإن عقد القرض يكون باطلا إذا كان المقرض يعلم بذلك ، أو كان من المفروض حتما أن يعلم بـه ٠ فإذا كـان حسن النيـة لا يعلم بالباعث غير المشروع ، فلا يجوز التمسك بالبطلان في مواجهتـه ، حتى لا يفاجأ ببطلان العقد الذي أبرمه بما يهدد استقرار المعاملات ٠

أما إذا كان طالب البطلان هو المتعاقد الآخر ،أى الذي اكتشف الباعث الدافع على الاقتراض بعد إبرام عقد القرض ففى هذه الحالة يتعين قبول دعوى البطلان منه لعدم مشروعية سبب العقد ٠ ولا يصح الاحتجاج عليه في هذه الحالة بأنه لم يكن يعلم بالسبب غير المشروع وقت انعقاد العقد ٠

- السبب ، والسبب المغلوط ، والصورية مقارنة:

إذا انتهينا إلى ضرورة التفرقة بين سبب الالتزام ، وسبب العقد ، وبأن سبب الالتزام يجب أن يكون موجودا وبأن سبب العقد يجب أن يكون مشروعا ٠ فإن التساؤل يثور بعد ذلك عن الحالات التى ينعدم فيها السبب بسبب غلط أى أن يتوهم المتعاقد بوجود سبب للالتزام على خلاف الحقيقة فهل يبطل العقد لانعدام سبب الالتزام ، أم ينعقد قابلا للإبطال على أساس الغلط ؟ بعبارة أخرى هل ينبغى تطبيق جزاء تخلف أركان العقد ، أم تخلف عناصر صحته ؟ ومثال ذلك أن يقدم شخص على شراء منزل على أنه موجود ، فإذا بـه قد إنهار قبل انعقاد العقد ٠ وفى هذه الحالة فإن المتعاقد يقع في غلط بسبب التزامه بدفع الثمن والواقع أن السبب في هذا الفرض غير موجود وبعبارة أخرى فإن السبب غير الصحيح أو المغلوط ، هو سبب غير موجود يترتب عليه البطلان المطلق أى

جزاء تخلف ركن في العقد ، وليس البطلان النسبي ، كجزاء على تخلف عنصر من عناصر صحة الرضا ٠

وفى فرض آخر ، قد ينتفى السبب دون غلط يقع فيه المتعاقد ،أى أنه يبرم العقد وهو يعلم أنه ليس لالتزامه فيه سبب فإن الأمر لا يخرج عن أحد فرضين : الأول أن يتعاقد تحت تأثير الإكراه وعندها يكون العقد قابلا للإبطال لمصلحته أو أن يتعاقد متظاهرا بوجود سبب للالتزام على خلاف الحقيقة فهذا هو السبب الصورى ، ويترتب عليه عدم انعقاد العقد ٠

وأخذا من نص مادة ١٣٧ مدني ، بأن كل التزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض أن له سببا مشروعا ما لم يقم الدليل علىغير ذلك ٠ فإن من يدعى بان السبب المذكور في العقد ليس هو السبب الصحيح أو انه مجرد سبب صورى يقع عليه عبء الإثبات لأنه يدعى عكس القرينة الواردة في النص السابق ٠ فإذا قام الدليل على صورية السبب ، فعلى من يدعى للالتزام سبباً أخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه ٠

المبحث الرابع - جزاء تخلف أركان العقد ، وعناصر صحته : البطلان

تمهيد وتقسيم:

قدمنا بأن العقد لا ينعقد إلا إذا توافرت أركان انعقاده وهى الرضى ، والمحل ، والسبب، والشكل في العقود الشكلية ٠

فإن قامت أركان العقد ، وتخلف عنصر من عناصر صحة الرضائية ، كان إبرامه ناقص أهلية ، أو شاب إرادة أحد عاقديه عيب من عيوب الإرادة فلا يترتب على ذلك البطلان المطلق بل ينعقد العقد مهددا بالزوال لمصلحة ناقص الأهلية أو من تعيبت إرادته بعيب من عيوب الرضا وبعبارة أخرى يكون العقد قابلا للإبطال ٠ وبذا فالتفرقة بين نوعى البطلان تقوم على التفرقة بين قواعد

انعقاد العقد ، وعناصر صحته • وإن وجدت مع ذلك حالات خاصة من البطلان لا تنضوى على التفرقة بين أركان الإنعقاد وعناصر الصحة بل ترجع إلى أسباب فنية أخرى •

والتفرقة بين نوعى البطلان ليست نظرية أو أكاديمية ، إذ يترتب عليها نتائج مهمة خصوصا في كيفية تقرير البطلان •

والقاعدة ، أن العقد القابل للإبطال كالعقد الصحيح قبل أن يتقرر إبطاله ، وكالعقد الباطل بطلانا مطلقا بعد أن يتقرر بطلانه • وهو ما يتضح جليا عند تناولنا أثر البطلان فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير ونعرض بداية لتعريف البطلان ، ثم لأسبابه ، وكيفية تقرير البطلان وآثاره •

الفرع الأول - تعريف البطلان

البطلان فيما أشرنا هو الجزاء الذي يترتب على تخلف أركان العقد وعناصر صحته ، وينقسم لذلك إلى نوعين مطلق ونسبى • والأول جزاء قواعد الإنعقاد من رضى ،ومحل ، وسبب ، وشكل في العقود الشكلية أما الثانى ، فجزاء على عناصر صحة العقد من الأهلية ، وعيوب الإرادة •

والبطلان يتميز عن بعض النظم القانونية الأخرى التى قد تختلط به أو تتشابه معه : فهو بداية يختلف عن الفسخ ، وعدم نفاذ العقد في مواجهة الغير ، كما يختلف العقد القابل للإبطال عن العقد الموقوف في فقه الشريعة الإسلامية على التفصيل الآتى :

أ- البطلان، والفسخ:

البطلان فيما رأينا جزاء تخلف ركن من أركان العقد ، او هو الجزاء الخاص بمرحلة انعقاد العقود بينما الفسخ جزاء على قواعد تنفيذ العقد، أو هو الجزاء المتعلق بمرحلة تنفيذ العقد • والفسخ يفترض أن عقدا صحيحا قد أبرم

توافرت له أركان الانعقاد وعناصر الصحة ، وتخلف أحد المتعاقدين عن تنفيذ أحد التزاماته المتولدة من العقد فيكون الجزاء عندئذ هو فسخ العقد إذا طلبه المتعاقد الآخر • وثمة فرق آخر بين البطلان والفسخ أن القاضي في الأول لا يملك سلطة تقديرية في تقرير البطلان إذا ثبت له أسباب قيامه ، على عكس الفسخ الذي يملك فيه سلطة تقديرية برغم توافر شرائطه •

ب- البطلان ، وعدم نفاذ العقد في مواجهة الغير :

إذا كان البطلان فيمارأينا هو الجزاء المترتب على قواعد انعقاد العقد يترتب عليه أن العقد ينعدم أثره في مواجهة عاقديه وفى مواجهة الغير فإن عدم نفاذ العقد في مواجهة الغير ، يقتصر على غير المتعاقدين فقط • بمعنى ان يكون العقد صحيحا ونافذا من قبل المتعاقدين، ولا يمكن مع ذلك الاحتجاج به في مواجهة الغير لسبب من الأسباب بما فى ذلك مثلا العقد الذي يبرمه المريض مرض الموت صحيح ومنتج لآثاره في مواجهة عاقديه " المريض، ومن تعاقد معه " ولكنه لا ينفذ في مواجهة الغير ، أى " ورثة المريض "

والعقد الذي يبرمه النائب خارج حدود نيابته صحيح فيما بين النائب ومن تعاقد معه وغير نافذ في مواجهةالأصيل •

والعقد الذي يبرمه المدين المعسر يكون صحيحا ونافذا فيما بين المدين ومن تعاقد معه ، ولكنه غير نافذ في مواجهة الدائن إذا طعن فيه بالدعوى البوليصية ، بافتراض توافر الشرائط الأخرى • وفى الصورية ، يسرى بين المتعاقدين ، العقد الحقيقى ، ولكنه لا يكون نافذا في مواجهة الغير حسن النية •

وإجمالا ، فالعقد الباطل لا وجود له سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير فيما العقد غير النافذ صحيح بين عاقديه غير نافذ فيما يتعلق بالغير •

ج- العقد القابل للبطلان ، والعقد الموقوف:

نسارع للتنويه بأن التقنين المدنى لا يعرف نظرية تسمى العقد الموقوف ، وإن قيل بها أخذاً من فقه الشريعة الإسلامية ٠ وإن وجدت بعض آثارها في العقد الذي يبرمه النائب خارج حدود نيابته حيث لا ينتج أثره إلا بعد إقراره من الأصيل وقبل الإقرار يظل موقوفا عن إنتاج أثره ٠

لذا ، قد يكون مناسبا، أن نفرق بين العقد الموقوف ، وبين أقرب الأنظمة إليه وهو العقد النسبى وفى الأول لا ينتج العقد أى أثر من آثاره إلى أن يتم إقراره من غير المتعاقيدن أما العقد القابل للإبطال فهو صحيح منتج لآثاره ولكنه مهدد بالزوال إذا تمسك به صاحب المصلحة ، وهو الشخص الذي وضع الإبطال لحمايته أى ناقص الأهلية أو من تعيبت إرادته بعيب من عيوب الإرادة ٠

ويبقى أن نوضح أن البطلان ذاته ينقسم إلى نوعين : مطلق ونسبى وأن البطلان بنوعيه يمكن أن يكون كليا ، يلحق العقد بأكمله ، أو جزئيا ، يلحق جزءاً أو شقا منه ٠ويبين ذلك خصوصا عند تناولنا لأسباب البطلان وكيفية تقريره ٠

الفرع الثانى - أسباب البطلان

يكون العقد باطلا بطلانا مطلقا إذا تخلف ركن من أركان انعقاده أو لم يتوفر في ركن منه الشرائط التى يتطلبها القانون ٠

ويكون العقد قابلا للإبطال إذا اكتملت أركان انعقاده وتخلف عنصر من عناصر صحته ٠ فالتفرقة بين البطلان المطلق والبطلان النسبى تكمن في التفرقة بين أركان الانعقاد وشرائط الصحة٠

وأركان الانعقاد تتمثل في وجود الرضا والمحل والسبب والشكل في العقود الشكلية، أما عناصر صحة العقد ، فتتمثل في نقص أهلية أحد المتعاقدين أو لأن إرادته معيبة بعيب من عيوب الرضا ٠

ويقيم بعض من الفقه التفرقة بين نوعى البطلان على أساس آخر يتمثل في طبيعة المصلحة التى يبغى المشرع حمايتها من وراء البطلان ٠ فإن كانت المصلحة عامة كان الجزاء هو البطلان المطلق ، وإن كانت المصلحة خاصة لأحد المتعاقدين كان الجزاء هو البطلان النسبى ٠

على أن فكرة المصلحة كأساس للتمييز بين نوعى البطلان قد تعرضت لإنتقادات عدة أهمها صعوبة التمييز بين ما يعتبر عاما أو خاصا من المصالح كذا ، فالمصلحة العامة ما هى إلا مجموع المصالح الخاصة للأفراد ٠

وقد تبنى المشرع المصرى في التمييز بين نوعى البطلان مبدأ التفرقة بين أركان الإنعقاد وعناصر صحة العقود ورتب على تخلف واحد من أركان انعقاد العقد ، البطلان المطلق ، بينما جعل جزاء تخلف عناصر صحة العقد هو البطلان النسبى ٠

وبذا تصبح حالات البطلان المطلق هى ما يلى :

١. إذا انعدم رضاء أحد المتعاقدين ، بأن كان عديم التمييز أو صدر قبوله بعد سقوط الإيجاب ، أو صدر قبول غير مطابق للإيجاب في العناصر التى اشتمل عليها ٠
٢. إذا لم يفرغ العقد في الشكل الذي يتطلبه القانون وذلك في العقود الشكلية ٠
٣. إذا لم يكن العقد محل ، بأن كان محل العقد شيئا يخرج عن دائرة التعامل أو كان المحل غير ممكن أو غير مشروع ، أو غير معين ٠
٤. إذا كان سبب العقد غير مشروع ، أو كان سبب محل الالتزام غير موجود ٠

أما حالات البطلان النسبى فتتمثل فيما يلى :

إذا شاب رضاء أحد المتعاقدين عيب من عيوب الإرادة وهى فيما قدمنا " الغلط ، والتدليس، والإكراه ، والاستغلال ".

إذا كان أحد المتعاقدين ناقص الأهلية إما للسن ، أو أنه مصاب بعارض من عوارض الأهلية التى لا تعدم التمييز ، وإن أنقصت منه كالسفه ، والغفلة .

وننبه ، بأنه برغم تبنى المشرع المصرى للتمييز بين قواعد الانعقاد وعناصر الصحة كأساس يقوم عليه الفرق بين البطلان المطلق والبطلان النسبى ، فثمة حالات خاصة من البطلان ، لا تستند على المعيار المذكور وتخرج بالتالى عن القاعدة العامة للتفرقة بين نوعى البطلان ، وتسمى لذلك بالحالات الخاصة من البطلان ... بينما في ذلك مثلا حالات البطلان المطلق الواردة في المادتين ٤٧١ و ٤٧٢ من القانون المدني وتقضى الولى بأنه لا يجوز للقضاه ولا لأعضاء النيابة ولا للمحاميين ولا لكتبة المحاكم ولا للمحضرين أن يشتروا لا بأسمائهم ولا باسم مستعار الحق المتنازع فيه كل أو بعضه إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التى يباشر أعمالهم في دائرتها وإلا كان البيع باطلا.

بينما تنص الثانية على أنه لا يجوز للمحاميين أن يتعاملوا مع موكليهم في الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها سواء كان التعامل بأسمائهم أم باسم مستعار وإلا كان العقد باطلا .

والبطلان في الحالتين مطلق ، ولا يستند إلى تخلف ركن من أركان انعقاد العقد ، فهو بطلان من نوع خاص Sui-Generis يقوم على اعتبارات فنية لا علاقة لها بقواعد انعقاد العقود .

وثمة حالات أخرى للبطلان النسبى ، لا تستند على تخلف عنصر من عناصر صحة العقد ، ورد النص عليها في نصوص متفرقة منها نص المواد

٤٧٩ ، ٤٨٠، ٤٦٦ من القانون المدني وتقضي الأولى بأنه لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطات المختصة أن يشترى بنفسه مباشرة أو باسم مستعار ولو بطريق المزاد العلنى ما نيط به بيعه بموجب هذه النيابة ما لم يكن ذلك بإذن القضاء ، ومع عدم الإخلال بما يكون منصوصا عليه في قوانين أخرى وتنص الثانية على أنه لا يجوز للسماسرة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهود إليهم في بيعها وفى تقدير قيمتها سواء أكان الشراء بأسمائهم أو باسم مستعار .

وقد يبدو أن البطلان في الحالتين السابقتين مطلق ، لا نسبى اعتبارا بلفظه لا يجوز الواردة في صدر كل من المادتين إلا أن المشرع قد أعقبهما بنص المادة ٤٨١ ، بصحة العقد في الحالتين السابقتين إذا أجازه من تم البيع لصالحه .ولما كانت الإجازة لا تلحق سوى العقد القابل للإبطال لا الباطل ، فدل ذلك على أن المقصو- هو البطلان النسبى لا البطلان المطلق .

وأخيرا ، فقد نصت م ٤٦٦ على حالة أخرى من البطلان النسبى ، بنصها بأنه إذا باع شخص شيئا معينا بالذات وهو لا يملكه ، جاز للمشترى أن يطلب إبطال البيع ... فيكون بيع ملك الغير باطلا بطلانا نسبيا .

ولا يخفى بأن البطلان النسبى في الحالات السابقة لا علاقة له بتخلف عنصر من عناصر العقد ، إنه بطلان من نوع خاص قرره المشرع لإعتبارات أخرى .

الفرع الثالث - تقرير البطلان

العقد الباطل بطلانا مطلقا منعدم ولا أثر له nul et nut effet من الناحية القانونية وبالتالى لا يلزم لتقرير البطلان إتخاذ أى إجراء ، ولا يحتاج إلى استصدار حكم من القضاء . بمعنى أنه إذا أبرم عقد بيع باطل بطلانا مطلقا لسبب من الأسباب التى أشرنا إليها ، ولم ينفذ البيع ،أى أن البائع لم يسلم المبيع

، والمشترى لم يدفع الثمن فكل منهما لا يحتاج إلى الإلتجاء إلى المحكمة لتقرير بطلان البيع ويكون لكل منهما أن يتصرف على أساس أن البيع منعدم ولا أثر له ، وبعبارة أخرى للبائع أن يبيع الشيء أو يرهنه ،أو يهلكه ، أو يستهلكه وللمشترى شراء شيء آخر ٠

وإذا كان هذا صحيحا في الفرض الذى ينعقد فيه عقد باطل لم يتم تنفيذه فإن المشكلة تثور إذا قام أحد الطرفين بتنفيذ التزامه النا\اشيء عن عفد باطل بصورة كلية أو جزئية ٠ فهو يرغب عندئذ في استرداد ما أو فى وبذا ، فلا مناص من رفع الدعوى بتقرير البطلان ولكن الحكم بالبطلان مقرر لا منشىء وبمعنى آخر ، فإن العقد باطل قبل صدور الحكم والحكم لم يفعل سوى كشف عن البطلان ٠

وعلى عكس ذلك ، فإن العقد الباطل بطلانا نسبيا ، عقد – فيما رأينا – صحيح ينتج آثاره قبل تقرير الحكم بالبطلان ٠ وتقرير البطلان لا يكون بمحض إرادة أحد عاقديه ، فهو لا يكون إلا بالتراضى ، أو برفع دعوى تقرير البطلان وإلى أن يتم الاتفاق أو الحكم ، يظل العقد القابل للإبطال ، منتجا لآثاره باعتباره عقدا صحيحا ٠

فإن صدر الحكم بإبطال العقد كان منشئا لا مقررا ولا كاشفا لحالة البطلان ٠ ففرق بين العقد الذي أبرم صحيحا قبل الحكم ، وبين العقد الذي أبرم منعدما قبل الحكم بذلك ، وفى الأول يكون الحكم منشئاً للبطلان ، وفى الثانى يكون الحكم كاشفا أو مقررا ٠

ومع ذلك فالفرق في الحالتين نظرى ، مادام أن الحكم بالبطلان سواء كان كاشفا أو منشئا له أثر رجعى 'Retro-activite يرتد إلى وقت إبرام العقد ، بمعنى أن العقد نتيجة للحكم ببطلانه باطل ومنعدم ليس فقط منذ تاريخ الحكم وإنما منذ تاريخ إبرامه ٠ لذا يصح القول بأن العقد القابل للإبطال كالعقد

الصحيح إلى أن يقضي بإبطاله ، وكالعقد الباطل بطلانا مطلقا بعد الحكم ببطلانه •

كما بقى أن نوضح أنه يمكن التمسك بالبطلان بدعوى مبتدأة يصح التمسك به عن طريق الدفع في دعوى يرفعها أحد المتعاقدين بطلب تنفيذ العقد •

المحور الأول : حق التمسك بالبطلان

يثور التساؤل عن الأشخاص الذين يكون لهم حق التمسك بالبطلان؟
ونبادر بأن الإجابة عن التساؤل المطروح تختلف إختلافا كبيرا في البطلان المطلق عنها بالنسبة للبطلان النسبى •

١- ففى البطلان المطلق يجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك بالبطلان ، وللمحكمة أن تقضى بها من تلقاء نفسها ، ولا يزول البطلان بالإجازة •

والمقصود بأصحاب المصلحة ، أحد المتعاقدين أو ورثته أو خلفه الخاص أو[٧٣] أى شخص من الغير تؤثر صحة العقد في حقوقه [٧٤] ويكون لهؤلاء التمسك بالبطلان عن طريق الدعوى ، أو بطريق الدفع في دعوى مرفوعة فعلا • والمهم أنه لا دعوى بلا مصلحة فلا يكون لشخص التمسك بالبطلان إلا إذا كان له مصلحة في تقريره • وعلى ذلك إذا رفع الدائن المرتهن دعوى التنفيذ على العقار تحت يد حائزه وتمسك المدعى برهن صادر له من المالك الأصلي كان للحائز التمسك ببطلان الرهن لأن مصلحة تتمثل في عدم التنفيذ على العقار تحت يديه ، ولا يغير من ذلك أن يكون الحائز أجنبيا عن العقد وليس خلفا لأحد من عاقديه •

---

[٧٣] الخلف الخاص ، هو من يخلف غيره في مال معين ، كالمشترى ، والموهوب إليه ، والمحال إليه ، والموصى له بمال معين •

[٧٤] بل انه يجوز لدائنى المتعاقد أو خلفه العام " الورثة " أو الخاص التمسك بالبطلان ، حتى لا تخرج أموال المدين بالعقد الباطل من الضمان العام للدائنين • والدائن يرفع الدعوى في البطلان المطلق باسمه الخاص لا باسم المدين ، على عكس ما سنرى في البطلان النسبى حيث يرفع الدعوى باسم المدين •

ويجوز في دعوى الشفعة لمشترى العقار التمسك ببطلان العقد الذي تملك به الشفيع ، للتوصل إلى إسقاط حقه فى الشفعة ، ولا يغير من ذلك أن يكون المشترى غيرا طالما توافرت له مصلحة فى الدعوى بالبطلان .

ومن جهة أخرى، فإنه يجوز لصاحب المصلحة على النحو الذي بسطناه التمسك بالبطلان في أية حالة كانت عليها الدعوى ، أى ولأول مرة أمام محكمة الاستئناف بل وأمام محكمة النقض إذا تعلق البطلان بالنظام العام .

ويجوز للمحكمة أن تقضى بالبطلان من تلقاء نفسها ولو لم يطلب منها أحد الخصوم ذلك إذا ثبت لديها بطبيعة الحال هذا البطلان .

٢- أن العقد القابل للإبطال لا يجوز التمسك بإبطاله إلا لمن تقرر الإبطال لمصلحته من المتعاقدين وهو إما ناقص الأهلية من المتعاقدين أو تعيبت إرادته بعيب من عيوب الرضا فدائرة أصحاب المصلحة في التمسك بالبطلان النسبى أضيق بكثير من البطلان المطلق .

ويكون لورثة المتعاقد الذي تقرر الإبطال النسبى لمصلحته – على النحو السابق التمسك بإبطال العقد الذي عقده مورثهم ، كما يكون لدائنيه حق التمسك بإبطال العقد باسم المدين بطريق الدعوى غير المباشرة.

على أن البطلان النسبى – وهذا مهم – مقرر لمصلحة ناقص الأهلية أو من تعيبت إرادته بعيب من عيوب الإرادة فلا يجوز للمتعاقد الآخر التمسك به بعكس ما رأينا في البطلان المطلق ولا يجوز للغير الأجنبى عن العقد التمسك بالبطلان النسبى فإذا كان سند الحائز في المثال السابق عقد بيع قابل للإبطال صادر له من المالك الحقيقى لم يكن له التمسك به في مواجهة دعوى الدائن المرتهن بالتنفيذ على العقار المرهون تحت يديه .

ولا يجوز للمشترى أن يتمسك بالبطلان النسبى للعقد الذي تملك به الشفيع العقار للتوصل إلى رفض الشفعة .

ولا يجوز للمحكمة أن تقضى بالبطلان النسبى للعقد من تلقاء نفسها ولا يجوز التمسك بالبطلان النسبى لأول مرة أمام محكمة النقض وإن أمكن التمسك به لأول مرة أمام محكمة الإستئناف •

وإجمالا لما تقدم نصت المادة ١٣٨ مدني على أنه إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقا في إبطال العقد فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق ويزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية •

بينما ورد بنص المادة ١٤١ مدني بخصوص البطلان المطلق بأنه إذا كان العقد باطلا جاز لكل ذى مصلحة أن يتمسك بالبطلان ، وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالإجازة •

المحور الثانى - سقوط الحق في التمسك بالبطلان :

ننوه بداية بأن المقصود بسقوط الحق في التمسك بالبطلان هو الإجابة عن السؤال ، هل يمكن أن ينقلب العقد الباطل أو القابل للإبطال إلى عقد صحيح ؟ وإن كانت الإجابة بالإيجاب فما هى الوقائع التى تؤدى إلى ذلك ؟

وقد أجابت المادة ١٣٩ مدني على ذلك بخصوص البطلان النسبى بتقريرها ،إن حق إبطال العقد يزول بالإجازة الصريحة أو الضمنية •

ونصت المادة ١٤٠ على أن الحق في إبطال العقد يسقط إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات [٧٥]

وفيما يتعلق بالبطلان المطلق نصت المادة ١٤١ في فقرتها الأولى على أن البطلان لا يزول بالإجازة وفى فقرتها الثانية فإن دعوى البطلان تسقط بمضى خمس عشرة سنة من تاريخ العقد •

---

[75] نقض ١٩٩٢/١٢/٢١ / طعن ٢٤٨/ س ٥٦ ق – مجلة القضاة / ١٩٩٤ / ص ٧٠٥ / رقم ٩١

والمتأمل بالنصوص السابقة يرى بأن العقد القابل للإبطال يمكن أن ينقلب إلى عقد صحيح إما بالإجازة أو بمضى المدة المحددة دون طلبه من صاحب المصلحة ٠

وبأن الإجازة لا تلحق العقد الباطل بطلانا مطلقا ٠ ومع ذلك فإن دعوى البطلان تسقط بمضى خمس عشرة سنة من وقت إتمام العقد ٠

وعليه ، نعرض بداية لسقوط الحق في التمسك بالإبطال ، ثم الحق في التمسك في البطلان على ما بينهما من إختلاف٠

أولا - سقوط الحق في التمسك بالإبطال :

إذا كان العقد باطلا بطلانا نسبيا فإن الحق في التمسك به يسقط أو يزول بأحد أمرين : الإجازة ، أو التقادم ونتناول الإجازة بداية ، ثم التقادم على النحو الآتى :

١- الإجازة:

الإجازة La confirmation هى تصرف قانونى يقصد به النزول عن الحق في التمسك بإبطال العقد لمن له الحق في التمسك بالإبطال٠

والإجازة – فيما قدمنا – لا تلحق سوى العقد القابل للإبطال ٠ وتفسير ذلك أن الحق في التمسك بالإبطال لم يتقرر إلا لحماية المتعاقد ناقص الأهلية أو الذي تعيبت إرادته بعيب من عيوب الإرادة تحقيقا لمصلحته الخاصة ٠ وقد يرى هو أن مصلحته تقتضى إنعقاد العقد ، لا إبطاله فوجب أن يسمح له بإمكانية التنازل عن حقه في الإبطال عن طريق إجازته للعقد الباطل بطلانا نسبيا وبها ينقلب إلى عقد صحيح ٠ وعليه ورد نص المادة ١٣٩ بأن حق إبطال العقد يزول بالإجازة الصريحة أو الضمنية ، وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد دون إخلال بحقوق الغير ٠

والإجازة كما قلنا تصرف قانونى بالإرادة المنفردة ينزل به صاحب الحق في التمسك بالإبطال عن حقه إبطال العقد ٠ إنما يشترط فيها ما يشترط لصحة التصرفات القانونية عموما ولا يهم بعد ذلك أن تكون صريحة أو ضمنية فإذا اكتملت شرائطها أنتجت آثارها على النحو الآتى :

أ- شروط الإجازة :

المتأمل بنص المادة ١٣٩ مدني ، محمولة على طبيعة الإجازة من حيث أنها تصرف قانونى بالإرادة المنفردة يرى بأنها لا تقوم إلا إذا توافرت شرائطها الآتية:

أ- يجب بداية أن نكون بصدد عقد قابل للإبطال حتى تلحقه الإجازة ، أما العقد الباطل بطلانا مطلقا فلا يتقلب صحيحا بإجازته لأنه معدوم ، والمعدوم لا ينقلب صحيحا ٠

ب- ولما كانت الإجازة مقررة لحماية أحد المتعاقدين من نقص أهليته أو من عيوب الإرادة فوجبت لذلك أن تصدر في الحالة الأولى بعد بلوغه سن الرشد ، وأن تصدر في الحالة الثانية بعد إنكشاف الغلط أو التدليس أو الاستغلال أو بعد انقطاع الإكراه أى يجب أن تصدر بعد زوال السبب الذي أدى أصلا إلى قابلية العقد للإبطال سواء كان نقص الأهلية أو عيوب الرضا ٠ اما إذا صدرت الإجازة ، ولم يكن مبرر الإبطال قد زال فإنها تكون مشوبة بنفس العيب الذي أدى إلى إمكانية إبطال العقد أصلا وبالتالى تكون قابلة للإبطال كالعقد المجاز ذاته ٠

جـ - وأخيرا يجب أن يكون المجيز على علم بالعلم الذى شاب العقد ، وقاصدا النزول عنه ويترتب على ذلك نتيجة مفادها أنه إذا انعقد العقد القابل للإبطال لنقص الأهلية أو لعيب شاب إرادة أحد المتعاقدين دون علمه بذلك ، فلا يسقط حقه في التمسك بالإبطال ٠

فإذا توفرت الشرائط السابقة ، فلا يهم بعد ذلك أن تصدر الإجازة صريحة أو ضمنية .

والإجازة الصريحة هي التى تستخدم فيها ألفاظ تدل عليها ، أو مواقف لا تدع ظروف الحال شكا في دلالتها على حقيقة الإجازة ، من حيث كونها محض نزول عن الحق في التمسك بالإبطال .

أما الإجازة الضمنية فهى تستفاد من ظروف الحال ، أو من سلوك أو عمل يصدر ممن له الحق في التمسك بالإبطال يفيد نزوله عن حقه في الإبطال ، ومن ذلك أن يشترى الشخص شيئا بطريق الغلط وبعد أن يعلم الحقيقة يبيعه إلى غيره ، حيث يستفاد من البيع أنه نزل عن حقه في طلب إبطال البيع للغلط

ب- أثر الإجازة

العقد القابل للإبطال كالعقد الصحيح إلى أن يتقرر إبطاله بالرضاء أو بالقضاء ، وكالعقد الباطل بطلانا مطلقا بعد تقرير بطلانه وبذا ، فإن الإجازة إذا لحقت بالعقد القابل للإبطال ، فهى لا تصحح العقد ، فقد كان صحيحا . ولذا يتعين التسليم بأن أثر الإجازة هى إزالة الخطر الذي كان يتهدد العقد ، أو إزالة العيب الذي كان يتهدد العقد فلا يمكن بعد ذلك إبطاله .

ولذا ، فبعد ان نصت المادة ١٣٩ مدني على أن حق إبطال العقد يزول بالإجازة الصريحة أو الضمنية تابعت تقول بأن الإجازة تستند إلى التاريخ الذي تم فيه العقد ، دون إخلال بحقوق الغير .

ومعنى الأثر الرجعى في الإجازة أن جميع ما يترتب على العقد من آثار أى من حقوق والتزامات متبادلة تستقر وتتأبد ، بعد أن كانت مهددة بخطر الإبطال وبمعنى آخر يترتب عليها إعتبار العقد صحيحا لا من وقت حصول الإجازة بل من وقت انعقاد العقد ، وهو أمر لا نفهمه .

فالإجازة تلحق العقد القابل للإبطال وهو فيما قدمنا ، عقد صحيح منتج لجميع آثاره ، فإن لحقته الإجازة فهى لا تصححه فقد كان صحيحا • وكل الدور الذي قامت به الإجازة هو رفع الخطر الذي كان يتهدد هذا العقد • وعلى هذا ، يتعين النظر في مسألة الأثر الرجعى للإجازة •

وفى كل الحالات فإن الإجازة لا يجب أن تضر بحقوق الغير حسن النية ، والتساؤل يثور عن المقصود بالغير حسن النية الوارد بالنص السابق ؟

- المقصود بالغير ، هو الشخص الذي يكتسب حقا في المدة بين إبرام العقد وحصول الإجازة ويكون من شأن الإجازة الإضرار بهذا الحق •
- ومثال ذلك أن يبيع القاصر شيئا إلى آخر • فهو بيع في هذه الحالة قابل للإبطال، ثم يبيعه مرة أخرى إلى شخص لا يعلم بالبيع الأول ثم يقوم القاصر بعد بلوغه سن الرشد بإجازة البيع الأول أى يزيل خطر الإبطال عنه • فإن هذه الإجازة لا يصح أن تضر بالمشترى الثانى حسن النية الذي لا يعلم بالبيع الأول ويكون له بالتالى أن يتمسك بالبيع •
- وإذا كانت الإجازة تزيل ما كان يتهدد العقد من العيوب ، فتحول دون إبطاله إلا أن أثرها نسبى يقتصر على المجيز وحده • وعلى ذلك إذا كان الإبطال مقررا لمصلحة أكثر من شخص في العقد فإن الإجازة التى تصدر من أحدهم لا تمس على الإطلاق حقوق الآخرين في طلب الإبطال فلو كان البائع أكثر من شخص تعيبت إرادتهم بعيب التدليس ، وبعد إنكشافه أجاز واحد منهم البيع ، فإن ذلك لا يمس بحقوق الآخرين في طلب الإبطال •

٢ـ التقادم المسقط :

من المسلم به أن حق إبطال العقد يسقط إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات ويبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية من بلوغ القاصر سن الرشد ، وفى حالة عيوب الإرادة من اليوم الذي ينكشف فيه الغلط أو التدليس أو من اليوم الذي ينقطع فيه الإكراه، وفى كل الأحوال لا يجوز التمسك بإبطال العقد بعيب من عيوب الإرادة بعد مضى خمس عشرة سنة من تاريخ إنعقاد العقد .

وننبه إلى أن مدة الثلاث سنوات تبدأ من زوال العيب الذي كان يتهدد العقد أى بلوغ سن الرشد بالنسبة للقاصر أو زوال عيوب الإرادة ، أما مدة الخمس عشرة سنة فهى مقررة من تاريخ إنعقاد العقد بمعنى أنه إذا كان سبب الإبطال لا يزال موجودا ، فإن مدة التقادم الثلاثى لا تبدأ في السريان ، وإنما يظل الحق في طلب الإبطال قائما إلى أن يسقط بالتقادم الطويل " خمس عشرة سنة من وقت إبرام العقد أخذا من نص المادة ١٤٠ مدني ".

واستثناء من قواعد التقادم الثلاثى أو التقادم الطويل ، تسقط دعوى إبطال العقد بسبب الإستغلال بمضى سنة واحدة من تاريخ إنعقاد العقد أخذا من المادة ١٢٩ مدني .

والمهم أنه بمضى مدة تقادم الحق في الإبطال يزول الخطر الذي كان يتهدد العقد ، ولا يجوز بعد ذلك طلب إبطاله، سواء عن طريق دعوى ترفع إبتداء أو عن طريق دفع يقدم في دعوى مرفوعة .

ويبرر الفقه[76] ذلك بأن الدفع بالبطلان هوفى حقيقته دعوى بإبطال العقد القابل للإبطال .

[76] السنهورى ، ص٦٩٧ .

ثانيا- الإجازة والتقادم في البطلان المطلق:

الثابت بأن الإجازة لا تلحق العقد الباطل بطلانا مطلقا وبعبارة أخرى لا يزول البطلان المطلق بالإجازة، بينما تسقط دعوى البطلان المطلق بمضى خمس عشرة سنة من وقت أنعقاد العقد على التفصيل الآتى بيانه:-

١- عدم زوال البطلان المطلق بالإجازة:

على خلاف البطلان النسبى الذي يسقط الحق في التمسك به بالإجازة فإن البطلان المطلق لا تلحقه الإجازة ٠ وتفسير ذلك أن العقد الباطل عقد معدوم Nul et nul effect فلا وجود له في نظر القانون والعدم لا ينقلب إلى الحياة لذا لا يمكن إجازته، خصوصا أن الإجازة فيما قدمنا لا تضيف شيئا جديدا أنها فقط تزيل عيبا شاب العقد ٠ وإذا أراد الأطراف تجنب أسباب البطلان فعليهم إبرام عقد جديد لا علاقة له بالعقد الباطل ٠ أى تتوافر له جميع أركان العقد ولا تترتب آثاره إلا من تاريخ إبرامه ٠

٢- التقادم، والبطلان المطلق:

تسقط دعوى البطلان ، أخذا من المادة ١٤١ بمضى خمس عشرة سنة من وقت العقد ٠

ونسارع للتنويه بأن الذي يسقط هو دعوى البطلان وليس الدفع بالبطلان ٠ فالثابت عملا أن الحق في طلب البطلان يكون بأحد طريقتين: دعوى البطلان والدفع بالبطلان وبذا يقتصر سقوط الحق على دعوى البطلان لا الدافع به ، والمقصود بدعوى البطلان، تلك التى يرفعها صاحب المصلحة إبتداء مطالبا ببطلان العقد أما الدفع بالبطلان فهو وسيلة الدفاع التى يلجا إليها المدعى عليه في دعوى مرفوعةعن عقد باطل لتنفيذه ٠

ودعوى البطلان تتقادم فلا تسمع بعد مضى المدة الطويلة ٠ ويبقى الدفع بالبطلان قائما لا يسقط مهما مضى من الزمن ٠ فإذا اثير البطلان كدفع ضد

دعوى مرفوعة عن عقد باطل فلا يجوز مواجهتها بالتقادم وبعبارة أخرى إذا تقادمت دعوى البطلان، أمكن التمسك بـه عن طريق الدفع والدفع هو دعوى المدعى عليه ٠

وعلى ذلك إذا أبرم عقد البيع باطلاً بطلانا مطلقا ولم ينفذ أى لم يقم البائع بتسليم المبيع، ولم يدفع المشترى الثمن وبعد أكثر من خمس عشرة سنة رفع البائع دعوى بتنفيذ عقد البيع فإن المشترى " المدعى عليه " يمكنه أن يدفع هذه المطالبة ببطلان العقد ٠ فالحق في الدفع كما قلنا لا يسقط بمضى المدة

أما إذا نفذ البائع التزامه عن العقد الباطل بتسليم المبيع إلى المشترى ثم أراد أن يسترده فيتعين عليه أن يرفع دعوى البطلان قبل إنقضاء مدة التقادم ٠ أما إذا مضت مدة التقادم فإن الدعوى ببطلان البيع وإسترداد المبيع تكون غير مقبولة لسقوطها بالتقادم ٠

الفرع الرابع- آثار البطلان

قدمنا بأن العقد القابل للإبطال كالعقد الصحيح إلى ان يتقرر إبطاله، وكالعقد البطل بطلانا مطلقا بعدم تقرير بطلانه ٠ ولذا يختلف البطلان النسبى قبل الحكم به عن البطلان المطلق من حيث الأسباب وكيفية تقرير البطلان ٠ أما بعد الحكم بإبطال العقد ، فإنه يعتبر كالبطلان المطلق من حيث الآثار التى تترتب عليه فيزول العقد في الحالتين بأثر رجعى أى من يوم إبرامه ٠ ولعل هذا ما قصده المشرع بنصه في المادة ١/١٢٤ مدني بأنه في حالتى إبطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد فإذا كان مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل "[٧٧].

[77] ولذا ، نستخدم لفظة آثار البطلان ، قاصدين الإبطال ، والبطلان معا ، فهى واحدة كما ذكرنا ٠

وإذا كانت الآثار التى تترتب على البطلان ، والإبطال بعد تقريره واحدة ، إلا أنه يتعين فيها التفرقة بين الآثار التى تترتب في علاقة المتعاقدين والآثار التى تترتب بالنسبة للغير ٠

١- آثار البطلان فيما بين المتعاقدين:

بالبطلان يصبح العقد كأن لم يكن ، بحيث يعاد المتعاقدان إلى الحالةالتى كانا عليها وقت إبرام العقد إذا كان العقد نفذ ٠ ففى البيع مثلا يرد المشترى المبيع ويسترد الثمن ، وفى عقد المقاولة يسترد رب العمل أجرة المقاولة ويتوقف المقاول عن تنفيذ المقاولة ٠

فإذا لم تكن الالتزامات الناشئة عن العقد قد نفذت ، فلا يمكن المطالبة بتنفيذها متى تقرر بطلان العقد وإذا كان العقد قد نفذ جزئيا ، كان لكل من العاقدين استرداد ما نفذ فإن استحال الرد عينا جاز للمحكمة أن تلزم من استحال عليه الرد العينى بتعويض معادل على أن الأثر الرجعى للبطلان مقيد بقيود عدة مردها اعتبارات منطقية وقانونية تتمثل فيما يلى :

أولا : القيد الناشىء من حيازة أحد الطرفين:

قد يبرم العقد القابل للإبطال ، وتنتقل فيه الحيازة من طرف إلى آخر ٠ فإذا تقرر إبطاله فإن هذه الحيازة تنشىء آثاراً تحد أو تقيد من فكرة الأثر الرجعى للبطلان ٠ بما ورد في ذلك مثلا بنص المادة ١/١٨٥ مدنى ، إذا كان من تسلم غير المستحق حسن النية ، فلا يلتزم أن يرد إلا ما تسلم ، دون الفوائد ، والثمار إلا من يوم رفع الدعوى ٠

والمعنى أن الحائز حسن النية عند تقرر إبطاله يحتفظ بالثمار فلا يلتزم بردها استثناء من قاعدة الأثر الرجعى للبطلان وننبه بأن المقصود بحسن النية في النص من لا يعلم بسبب البطلان ٠

كذا ، فإن العقد الذي تقرر إبطاله لا يحول دون تمسك الحائز بالتقادم الطويل لإكتساب ملكية العقار الذي حازه ، بافتراض توافر الشرائط الأخرى – ولا يغير من ذلك أن تكون حيازته للعقار بعقد تقرر إبطاله، خروجا على قاعدة الأثر الرجعي للبطلان ٠

ثانيا- في العقود الزمنية:

المقصود بالعقد الزمنى ، العقد الذي ينشىء بين طرفيه علاقة قانونية تستمر في الزمان بما في ذلك عقود التأمين ، والتوريد والإيجار ، والعمل ٠٠٠

وفى العقود الزمنية يستحيل إعمال قاعدة الأثر الرجعى عينا، فلا يمكن رد ما قام به العامل من عمل في عقد العمل ، ولا ما حصل عليه المستأجر من منفعة في عقد الإيجار٠ وبعبارة أخرى لا يمكن رد الزمن الذي مضى، فما مضى من الزمن لا يعود ٠ ولذا انتهى القضاء إلى الحكم بالتعويض عن الآثار التى ترتبت، ويستحيل إعادتها في العقود الزمنية ٠ فيلتزم المستأجر بتعويض المؤجر عن الانتفاع الذي تم، ويلزم صاحب العمل بتعويض العامل عن قيام الأخير بالأعمال التى أوكلت إليه ٠ والتعويض في الإيجار ، ليس أجرة لأن العقد باطل وليس أجراً في عقد العمل كذلك لأنه باطل وإنما التعويض مصدره الإثراء على حساب الغير بلا سبب ٠ ويقدر التعويض من أحكام القضاء عادة بالنظر إلى شروط العقد ففى عقد الإيجار مثلا يحدد التعويض بمقدار الأجرة التى كان المستأجر يلتزم بها في عقد الإيجار ٠ وكذا يقدر أجر العامل في عقد العمل على أساس المتفق عليه في عقد العمل ٠٠٠ وهكذا ٠

ونلفت النظر بأن القضاء في هذا الشأن لا يطبق شروط العقد، فهو باطل، لكنه يستهدى بها في تقدير التعويض فحسب ٠

وتأكيدا لذلك ، وتفصيلا له، فبعد أن نصت المادة ١٤٢ مدني على القاعدة العامة في أثر البطلان والإبطال تابعت ٠٠٠ فإذا كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل ٠٠٠

ثانيا- إبطال العقد في حالة نقص الأهلية :

تقضى المادة ٢/١٤٢ مدني بأن ناقص الأهلية لا يلزم إذا أبطل العقد لنقص أهليته أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد ٠ وتفريعا على ذلك إذا باع القاصر شيئا يمتلكه وقبض الثمن وأنفقه في غير مصلحته ، ثم أبطل العقد فإنه لا يلزم برد شيء إلى المتعاقد الآخر استثناء من قاعدة الأثر الرجعى للبطلان ٠ والقصد من النص حماية ناقص الأهلية ورعاية مصلحته من ناحية، والتضييق على من تعاقد معه بحرمانه من استرداد ما لم يستفد به القاصر من ناحية أخرى ٠ والنص وإن ورد بخصوص ناقص الأهلية ينطبق من باب الأولى على عديم الأهلية لقيام ذات المبررات من جهة ، ولأن النص يواجه الإبطال والبطلان من جهة أخرى ٠

وفى كل الحالات، فإن من يطلب رد ما دفع إلى ناقص الأهلية أو عديمها يقع عليه عبءإثبات أن القاصر استفاد مما قبض ، ويرجع في تحديد الاستفادة إلى وقت طلب الإبطال أو وقت إكتمال الأهلية إذا لم يكن قد طلب الإبطال من قبل ٠

رابعا- حالة البطلان الجزئى "الإنقاص"

Reduction du Contrat

تنص المادة ١٤٣ مدني بأنه إذا كان العقد في شق منه باطلا أوقابلا للإبطال ، فإن هذا الشق وحده هو الذي يبطل إلا إذا تبين بأن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله٠

والمعنى أنه إذا إشتمل العقد على بند أو شرط باطل أو قابل للإبطال ، فإن البطلان يلحقه وحده دون العقد بأكمله على سند بأن البطلان، جزاء على قواعد انعقاد العقد أو شرائط صحته ، ويتعين إعماله في حدود هذا الهدف، فيبطل من العقد فقط الشروط التى تخالف قواعد الإنعقاد أو شرائط الصحة، ويبقى باقى العقد قائما دون تفرقة في الحكم بين البطلان المطلق والبطلان النسبى ٠ كذا فإنعقاد العقد خير من إبطاله وهى نتيجة تتحقق في نظرية الإنقاص حيث لا يترتب عليها هدم العقد بأكمله، بل ينحصر البطلان في استبعاد الآثار التى تترتب على الشق الباطل ٠

ومع ذلك لا يمكن إنقاص العقد في حالتين : الأولى أن يتبين أن أطراف العلاقة التعاقدية قصدا إلى إبطال العقد كله وليس في جزء منه فقط ٠

والثانية، أن يتبين أن العقد لا يقوم بغير الشق الباطل وعندها فلا مناص من إبطال العقد بأكمله، ففى كل حالة لا يمكن فيها الفصل بين الشق الباطل والعقد يبطل العقد كله ٠ ويضرب الفقه مثلا على ذلك بهبة تقترن بشرط غير مشروع فتصح الهبة ويبطل الشرط غير المشروع أخذا من قاعدة الإنقاص أو البطلان الجزئى ٠ فإذا تبين بأن الشرط غير المشروع هو الدافع إلى التبرع تبطل الهبة كلها ٠

ويمكن أن نرى الإنقاص في بطلان شرط قانونى في عقد بسيط ، أو بطلان عملية قانونية بأكملها في عقد مركب ، وبطلان العقد بالنسبة لبعض المتعاقدين دون البعض الآخر أو إنقاص المقابل المبالغ فيه في الاستغلال أو إنقاص الأجرة في عقد الإيجار إلى الحد المقرر قانونا ٠٠٠ الخ٠

خامسا- تحول العقد الباطل : Conversion du C ontrat

إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال لتخلف ركن من أركان انعقاده أو شرط من شرائط صحته وبرغم ذلك يتوافر فيه أركان عقد آخر ففى هذه الحالة يتحول إلى العقد الآخر إذا تبين أن إرادة المتعاقدين كانت تتجه إلى ذلك . المادة ١٤٤ مدني .

ومثال ذلك، أن عقد القسمة إذا كان باطلا ، فإنه يتحول إلى قسمة مهايأة أو قسمة انتفاع والبيع بثمن تافه يبطل كبيع ، ويصح أن يتحول إلى هبة متى استوفى الشكل الرسمى والسند الرسمى الموثق إذا كان باطلا، يمكن أن يتحول إلى سند عرفى متى إشتمل على توقيع الطرفين .

وثمة شروط ثلاثة، بدونها لا يمكن القول بتحول العقد:-

١. أن يوجد عقد باطل أو قابل للإبطال وبديهى أنه إذا كان العقد صحيحا ، فلا يمكن القول بتحوله حتى ولو كان انعقاد العقد معلقا على شرط لم يتحقق .

٢. أن يتوافر في العقد الأصلى " الباطل" جميع أركان العقد الآخر حتى يمكن أن يتحول إليه فلا يتم التحول إلى العقد الجديد إذا كان ينتقص ركن من أركانه، أو إذا كان يحتاج في انعقاده إلى تدخل طرف آخر .

٣. أن يتبين بأن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام العقد الجديد لو علما وقت إبرام العقد الأصلى بأنه سيقع باطلا أو قابلا للإبطال .

سادسا- قاعدة عدم جواز تمسك الشخص بفعله الشائن :

مؤدى هذه القاعدة، أن الشخص إذا قدم أداء في عقد باطل لعدم المشروعية، فإنه لا يجوز له استرداد ما أوفى شريطة أن يكون عدم المشروعية بسبب يرجع إليه وبذا، فالقاعدة محض استثناء على مبدأ الأثر الرجعى للبطلان .

فإذا كان سبب العقد مخالفا للآداب، أو كان محل العقد غير مشروع ، فإن العقد باطل ولكن لو أراد أحد المتعاقدين استرداد ما أوفى تنفيذا للعقد لا تستمع المحكمة لطلبه لأنه جاء إلى القضاء يتمسك بفعله الشائن

وبرغم الانتقادات التي وجهت لقاعدة عدم جواز تمسك الشخص بفعله الشائن أمام القضاء، فقد أخذ بها التقنين الألماني ، والتقنين السويسرى للالتزامات • أما فى مصر فلم يرد نص بالتقنين المدني القديم على القاعدة ، وكان الاتجاه الغالب في القضاء نحو الأخذ بها • وقد ورد النص عليها في المشروع التمهيدى للقانون المدنى الجديد ولكن النص حذف، وجاء في مبررات الحذف أنها قاعدة لا تتمشى مع مبدأ البطلان الذي يوجب الاسترداد حتى تتم إعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد بما يقطع بأن المشرع أراد استبعادها •

والرأى عندنا أنه إذا كان سبب البطلان هو عدم مشروعية سبب العقد أو محله ، جاز لأى من العاقدين استرداد ما أوفى تنفيذاً للعقد تطبيقا للقاعدة العامة

سابعا- المسئولية عن البطلان:

إذا كان سبب البطلان مرجعه أحد المتعاقدين ، دون علم المتعاقد الآخر فهل يجوز الرجوع على المتسبب في البطلان بالتعويض عما أصابه من ضرر جراء إبطال العقد بما يترتب عليه من آثار سلبية؟ وننبه إلى مسألتين الأولى أننا نستبعد من الإجابة عن التساؤل المطروح ، الفرض الذي يبطل فيه العقد لسبب مشترك عن المتعاقدين• كأن وقعا معا في غلط مشترك، أو يكون سبب البطلان معلوماً للطرف الآخر ، أو كان من المفروض أن يعلمه كما هو الشأن في الغلط في صفة جوهرية للشيء، أو في البطلان الناشيء عن عدم مشروعية سبب العقد •

وبذا يتحدد نطاق التساؤل المطروح في الفرض الذي يرجع فيه سبب البطلان إلى أحد المتعاقدين دون أن يعلم به الطرف الآخر ودون أن يشارك فيه، كالبطلان الناشيء عن استحالة المحل أو لعدم وجوده ، أو الإبطال بسبب نقص أهلية المتعاقد الآخر، فهل يكون للمتعاقد الرجوع على المتسبب في البطلان بالتعويض عن الضرر؟

ونلفت النظر كذلك إلى أن المسئولية عن البطلان إذا تقررت لن تكون عقدية إذ العقد باطل أو قابل للإبطال، ولذا تكون المسئولية هى مسئولية عن العمل غير المشروع أو مسئولية تقصيرية.

وننوه بأن المشرع نفسه قد طبق المسئولية عن البطلان في حالتين :الأولى ورد النص عليها في المادة ١١٩ مدني بقولها أنه يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد مع عدم الإخلال بالتزامه بتعويض إذا لجأ لطرق احتيالية لإخفاء نقص أهليته .

وعلى ذلك إذا عمد قاصر إيهام شخص آخر ببلوغه سن الرشد بتقديم شهادات مزوره فإنه يكون للمتعاقد مع القاصر أن يطالبه بالتعويض عن الضرر الذي أصابه جراء إبطال العقد .

ويذهب القضاء الفرنسى بهذا الصدد إلى إلزام ناقص الأهلية بتنفيذ العقد ورفض دعوى الإبطال باعتباره خير تعويض وبذا يعتبر النص قيدا على قاعدة الأثر الرجعى للبطلان .

كذا، نصت مادة ٤٦٨ مدني على حالة أخرى للمسئولية عن البطلان للمتسبب فيه بالتعويض عما نشأ عنه من ضرر للطرف الآخر، بقولها إذا حكم للمشترى بإبطال البيع، وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع، فله أن يطلب بتعويض، ولو كان البائع حسن النية.

وبذا يكون للمشترى في عقد البيع القابل للإبطال لصدوره من غير مالك طلب التعويض عن البطلان حتى ولو كان البائع حسن النية والمسئولية في النص ليست تقصيرية بل تقوم على أساس آخر هو تحمل التبعة٠

نظرية إيرنج Ihering في الخطأ عند تكوين العقد :

تقوم النظرية التى ابتدعها الفقيه الألمانى إيرنج بإيجاز على أن المتعاقد يكون مسئولا عن التعويض في الحالات السابقة مسئولية عقدية لا تقصيرية ٠ ويرى بأن كل شخص يقوم على إبرام عقد فإنه في الواقع يبرم اثنين : الأول، هو العقد الأصلى المقصود بيع- إيجار – هبة- ٠٠الخ والثانى هو عقد آخر تبعى يتعهد بمقتضاه للمتعاقد الآخر بألا يقوم في جانبه سبب من أسباب بطلان العقد الأصلى أو إبطاله فإذا بطل العقد الأصلى، يكون المتسبب في البطلان قد أخل بتعهده المذكور، فيكون مسئولا بالتعويض مسئولية عقدية لا تقصيرية٠ لذا سميت نظريته، بالخطأ عند تكوين العقد وقد تعرضت نظرية Ihering للنقد من زاويتين : الأولى أن فكرة العقد التبعى للعقد الأصلى أى الذي يتعهد به المتعاقد ألا يقوم سبب البطلان من جانبه وجود له في الحقيقة والواقع فأطراف العقد لا يبرمون سوى العقد المقصود ٠

والثانية، أنه بافتراض وجود العقد التبعى بالضمان، فإنه بتقرير البطلان يقع بدوره باطلا تبعا للعقد الأصلى لأن ما يعيب العقد الأصلى يعيب العقد التبعى٠ فلا يبقى والحال هذه إلا أن نقيم المسئولية عن البطلان على أساس القواعد العامة في المسئولية التقصيرية متى توافرت شروطها الأخرى ٠

٢- أثر البطلان بالنسبة للغير

يترتب على بطلان العقد اعتباره كأن لم يكن ليس فقط بالنسبة للمتعاقدين بل وبالنسبة للغير٠ ويقصد بالغيرفي هذا الصدد الأشخاص الذين لهم حقوق تتأثر

بصحة العقد أو بطلانه وبعبارة أخرى الخلف الخاص للمتعاقدين بما في ذلك المشترى بعقد باطل أو من تقرر له على المبيع حقا من الحقوق.

والثابت أن إعمال اثر البطلان في مواجهة الغير قد يسبب له أضرارا جسيمة أهمها سقوط حقه الذى اكتسبه، بمجرد بطلان العقد بما يؤدى إلى عدم استقرار التعامل حيث يفاجأ الغير ببطلان سند المتعاقد معهم فإذا باع (أ) شيئا إلى (ب) وقام الأخير برهن الشيء إلى (ج) ثم تقرر إبطال عقد البيع فإن الأثر الرجعى للبطلان يعنى أن عقد الرهن لا ينتج أثره لصدروه من غير مالك .

لذا، عمل المشرع على الحد من الأثر الرجعى للبطلان في مواجهة الغير إذا كان حسن النية أى الذى لا يعلم سبب بطلان العقد وذلك بالنص على حالات محددة استثناء من قاعدة الأثر الرجعى للبطلان منها، وأهمها ما يلى:

أ- تنص المادة ١٧ من قانون الشهر العقارى بأنه إذا بطل سند المتصرف في العقار نتيجة دعوى الإبطال، فإن الحكم بالإبطال لا يحتج به على الغير الذي كسب حقه وسجله وهو حسن النية قبل تسجيل صحيفة دعوى الإبطال- ولا صعوبة في الأمر إذا كان سند المتصرف باطلا بطلانا مطلقا، حيث لا يكون للمتصرف إليه أصلا ملكية العقار حتى ولو كان حسن النية . ويكون بالتالى بمنأى عن آثار البطلان ويستثنى من ذلك حالة واحدة، أن يكون اكتسب ملكية العقار بالتقادم الخمسى يبقى قائما لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكيته ... إذا كان هذا الدائن المرتهن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن . وتفسير ذلك أن مقتضى الأثر الرجعى للبطلان، اعتبار الراهن غير مالك في الوقت الذي أبرم فيه الرهن، وبذا يكون الرهن الصادر منه غير نافذ في مواجهة المالك الذي عاد إليه ملكية العقار فيعود خالصا من أى رهن كأصل عام، خرج عليه

المشرع رعاية للدائن المرتهن حسن النية؛ من جهة، وتدعيما للإئتمان وتشجيعا عليه من جهة أخرى- مادة ١٠٣٤ مدنى فإذا اشترى (أ) عقار من (ب) وسجل عقده، ثم رهن العقار (ج) ثم أبطل عقد البيع، فإنه يترتب على البطلان أن يعود المبيع إلى (ب) ولكنه يكون محملا بالرهن الذي قرره (أ) لصالح (ج) إذا كان (ج) حسن النية لا يعلم وقت إبرام الرهن أن ملكية (أ) مهددة بالزوال أخذا من نص المادة ١٠٣٤ مدنى٠

ب- تنص المادة ٩٧٦ مدني على أنه من حاز لسبب صحيح منقولا أو حقا عينيا على منقول أو سندا لحامله فإنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته٠ فإذا كان حسن النية والسبب صحيح قد توافر لدى الحائز فى اعتباره الشىء خاليا من التكاليف والقيود العينية، فإنه يكسب الملكية خالصة منها٠

وعلى ذلك إذا باع (أ) منقولا إلى (ب) فقام الأخير بيعه إلى (ج) وسلمه له ثم تقرر إبطال العقد الأول بين (أ و ب) فلا يجوز للمالك الأصلى وهو (أ) نزع الشىء من المشترى الثانى وهو (ج) متى كان الأخير حسن النية لا يعلم وقت العقد بسبب بطلان البيع الأول٠

ج- بالنسبة لعقود الإدارة، لا يترتب على بطلان سند من صدرت منه انقضاء هذه العقودشريطة أن تكون من أعمال الإدارة الحسنة وهى لا تكون كذلك إلا إذا لم تتجاوز مدتها ثلاث سنوات، وكانت بأجرة المثل، وعقدت بدون غش من طرفيها ٠

د- وأخيرا يترتب على قاعدة أن الحائز حسن النية يتملك الثمار أن المتصرف إليه من الحائز يمتلك الثمار كذلك حتى لو أبطل سند المتصرف، أى أنه لا يرد الثمار متى كان حسن النية يجهل سبب بطلان سند سلفه٠

الفصل الثانى- آثار العقد

تمهيد، تقسيم:

أثر العقد هو الإجابة عن التساؤل الآتى ما هى الالتزامات التى يرتبها العقد على كل من عاقديه؟

والثابت بأن الالتزامات التي ينشئها العقد تختلف باختلاف العقود، فمنها ما ينشيء التزاما بتسليم شيء معين كعقد البيع والإيجار، ومنها ما ينشيء التزاما بعمل معين كعقد الوكالة، وعقد العمل، وعقد المقاولة... وهى التزامات تقتصر آثارها على المتعاقدين إعمالاً لمبدأ نسبية أثر العقد.

ونعرض في دراستنا لآثار العقد، لتحديد مضمون العقد، أى تحديد الالتزامات الناشئة عنه، ثم لبيان القوة الملزمة للعقد، ثم أثر العقد من حيث الأشخاص ، وأخيرا جزاء الإخلال بالعقد .

المبحث الأول - تحديد مضمون العقد

إحالة:

المقصود بتحديد مضمون العقدعلى ما رأينا بيان الالتزامات الناشئة عن العقد، التى لا يمكن التعرف عليها إلا بعد تفسير العقد وذلك بقصد تحديد حقيقه ما قصدت إليه إرادة المتعاقدين.

فإذا انتهينا من تفسير العقد Interpretation du contrat إلى معرفة قصد المتعاقدين، تعين بعد ذلك الالتجاء إلى تكييف العقد qualification du contrat، أى إعطائه وصفا قانونيا، فهل هو عقد عمل أو مقاولة أو وكالة أو بيع أو هبة... ونحو ذلك .

فإذا انتهينا من تفسير العقد، وتكييفه، أمكن بعد ذلك تحديدالالتزامات التى أنشأها العقد.

ولن نعرض لتفسير العقود[٧٨] مرة أخرى، ونقتصر في دراستنا بالتالى على تكييف العقد، وكيفية تحديد مضمونه.

أولا- تكييف العقود

- قدمنا بأن تكييف العقد، تحديد الوصف القانونى للعقد ، أى إدخاله في نوع معين من أنواع العقود بيع، إيجار، أو تأمين.. وهكذا ولا يمكن القيام بتكييف العقد كما قلنا إلا بعد تفسيره لبيان حقيقة الإرادة المشتركة للمتعاقدين، وبعد معرفة العناصر الأساسية لكل عقد حتى يتيسر تمييزه عن غيره من العقود التى قد تختلط أو تتشابه معه .

والتكييف، بعكس التفسير [٧٩] مسألة قانونية يخضع فيها القاضى لرقابة محكمة النقض أى أن القاضى عندما ينتقل من تفسير العقد لبيان حقيقة الإرادة المشتركة للمتعاقدين إلى تكييفه أى إضفاء وصف قانونى معين فإنما ينتقل من مسألة وقاع إلى مساألة قانون، وهو في الأولى لا يخضع لرقابة محكمة النق، وفى الثانية يخضع لرقابتها.

والمهم أنه يترتب على اعتبار عملية التكييف عملية قانونية، النتائج الثلاث الآتية:

١. أن القاضى في وصفه للعقد، أى في إضفاء وصف قانونى معين عليه غير مقيد بالوصف الذي يعطيه أطراف العلاقة العقدية لهذا العقد.

ولذا، تواتر قضاء النقض على أن محكمة الموضوع ملزمة بإعطاء الدعوى وصفها الحق، وتكييفها القانونى الصحيح دون أن تتقيد في ذلك

---

[78] سبق دراستها في السنة الأولى- مثلا أحمد السعيد الزقرد / المدخل للعلوم القانونية / نظرية القانون ٢٠٠٣ .

[79] ما لم ينحرف القاضى عن العبارة الواضحة للعقد بدون مبرر أو يفسر الشك لمصلحة المدين ، أو يفسر الشك في عقود الإذعان لمصلحة تتناقض مع الوقائع الثابتة . فعندها يخضع قاضى الموضوع لرقابة محكمة النقض، انظر أحمد الزقرد / نظرية القانون/ ٢٠٠٢/ ص ٣٠١ وبعدها.

بتكييف الخصوم لها [80] وبأن العبرة في تكييف العلاقات التي تحكم الطرفين هي بما يتبينه قاضي الموضوع أنه الحقيقة من الوقائع المطروحة عليه، دون التقيد بالوصف الذي يخلعه عليها الخصوم[81].

2. أن تكييف العقد، عملية يتعين أن يقوم بها القاضي من تلقاء نفسه أي حتى ولو لم يطلب ذلك أطراف العلاقة العقدية، حتى يمكنه أن يطبق على العقد أحكام القانون.
3. وأخيرا، فإذا كان تكييف العقد من مسائل القانون، فإن قاضي الموضوع يخضع فيها لرقابة محكمة النقض.

ثانيا- كيفية تحديد مضمون العقد:

- قلنا أن تحديد مضمون العقد هو بيان الالتزامات الناشئة عنه وبديهي انه يمكن تحديد الالتزامات المتولدة عن عقد من العقود، بالنظر إلى العقد نفسه أي ما ورد به من عبارات، أو ألفاظ بعد تفسيرها، أو إضفاء الوصف القانوني على العقد.
- وأخذاً من المادة ١٤٨ مدني فإن العقد لا يقتصر على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته، وفقا للعرف، والعدالة بحسب طبيعة الالتزام والمعنى أن تحديد مضمون العقد يتم بالرجوع إلى أمور عدة هي يتم بالنظر إلى الاتفاق أي إلى إرادة المتعاقدين كذا فإن طبيعة الالتزام تحدد مضمونه، وأن القانون يكمل العقد كما يمكن للعرف أن يكمل العقد وكذلك العدالة.

وتفصيل ذلك كالآتي:-

---

[80] مثلا، نقض ١٣/١٠/١٩٨٥ / أحكام النقض/ ٩٦٣.

[81] نقض ٢١/١٢/١٩٦٣ / أحكام النقض/ س ١٢/ ص ٨١٠.

١- طبيعة الالتزام يمكن أن تحدد مضمون العقد:

معنى ذلك أن طبيعة عقد البيع تستلزم من البائع أن يسلم المبيع ، وملحقاته حتى ولو لم تذكر في بنود العقد • وطبيعة الإيجار لأغراض السكنى تستلزم أن يسلم المؤجر العين المؤجرة فى حالة تصلح معها للسكنى الآدمية، حتى ولو لم يذكر ذلك في بنود العقد•

٢- القانون يكمل العقد:

يجوز لقاضى الالتجاء إلى نصوص القانون بهدف تحديد مضمون الالتزامات الناشئة من العقد وتفسير ذلك أن المشرع قد نظم طائفة من العقود هى العقود المسماة بنصوص مكملة لإرادة المتعاقدين بحيث تصبح واجبة التطبيق إذا سكت أطراف العلاقة التعاقدية عن تنظيم مسألة من مسائل هذه العقود ومن ذلك مثلاء في عقود الإيجار، الترميمات التأجيرية بالمادة ٢/٥٨١ مدني والوفاء بالأجرة فى م ٢/٥٨٦ استعمال العين المؤجرة على النحو المتفق عليه بالمادة ٥٧٩ مدني والتنازل عن الإيجار والإيجار من الباطن في المادة ٥٦٣ مدني ومكان الوفاء بالثمن في عقد البيع بالمادة ٤٥٦ مدني، والفوائد القانونية عن الثمن في المادة ٤٥٨ مدنى ، ونفقات تسليم المبيع بالمادة ٤٦٤ مدنى•

وحتى في العقود غير المسماة ، يمكن للقاضى تكملة العقد بالنصوص القانونية لأقرب العقود المسماة وفى الحالتين يكون القانون مكملا للعقد•

٣- العرف يكمل العقد:

المقصود بالعرف، إضطراد أو تواتر السلوك على مسألة معينة بحيث يتولد لدى الجماعة الإعتقاد بأنها ملزمة • ولا يتعين على القاضى الالتجاء إلى العرف يكمل به العقد إلا إذا لم يوجد نص أو تشريع يسعفه في تحديد نطاق العقد • فإذا جرى العرف- في النص المذكور – على إلزام أحد المتعاقدين

بالتزام ما في العقد يتعين إلقاء عبء الالتزام عليه بما في ذلك مثلا، أن يكون ثمن المياه على المستأجر في عقود الإيجار ، أو اعتبار الهبة أو البقشيش جزءاً لا يتجزأ من الأجر الذي يحصل عليه العامل في الفنادق والمطاعم٠٠٠

٤- العدالة تكمل العقد:

إذا لم يستطيع القاضى تحديد مضمون العقد من الإرادة المشتركة للمتعاقدين، ولم يوجد نص تشريعى ينظمها ولا عرف فإنه يمكن الالتجاء إلى فكرة العدالة لتكملة العقد، وبالتالى لا يجوز للمحكمة أن تتخذ من العدالة ذريعة للخروج على القصد الحقيقى لأطراف الرابطة العقدية ٠

وقد ساهمت العدالة فى تحديد مضمون الالتزامات الناشئة عن بعض العقود بما في ذلك الالتزام بضمان سلامة الراكب في عقود نقل الأشخاص مثلا ٠

المبحث الثانى - القوة الملزمة للعقد

القاعدة والاستثناءات:

إذا أبرم العقد صحيحا باكتمال أركان انعقاده وشرائط صحته فإن الالتزام الناشىء عنه يعادل في قوته الالتزام الناشىء من القانون وكما لا يجوز للفرد أن يتحلل من الثانى ، لا يمكن أن يتحلل من التزام أنشأه عقد كان هو طرفا فيه ٠ ولذا ورد نص المادة ١/١٤٧ مدني صريحا بأن العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقده ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التى يقررها القانون ٠

والقوة الملزمة للعقد – على النحو الذى بسطناه- نتيجة لمبدأ سلطان الإرادة تساندها اعتبارات خلقية تتمثل في إحترام العهد المقطوع ، واقتصادية هى الرغبة في توفير الاستقرار للمعاملات وهى رغبة لا تتحقق إذا سمح للمدين بنقض ما تعهد به وعدم تنفيذ ما التزم به في العقد ٠

ومع ذلك قد ينعقد العقد صحيحا ويعترض تنفيذه تغير الظروف اللاحقة الاقتصادية أو المالية أو غيرها بما يخل التوازن الاقتصادى وقت إبرامه بحيث

يبدو أن التزام المدين وقت التنفيذ مختلف في نطاقه ومداه عن التزامه وقت إبرام العقد فهل يتعين التمسك بالتنفيذ الحرفى للعقد برغم تغير الظروف اللاحقة؟ أو على العكس يتغير مضمون الالتزام التعاقدى إذا تغيرت الظروف التى أبرم فيها العقد؟

القول بالأولى، يعنى إرهاق المدين بما يؤدى إلى خسارته الفادحة برغم أن تغير الظروف اللاحقة لم يكن متوقعا ، وليس له يد فيها بما يخل بإعتبارات التوازن العقدى أو العدالة العقدية. والتسليم بالثانية يعنى خرق مبدأ القوة الملزمة للعقود بما يسانده من اعتبارات مهمة أخلاقية" إحترام العهد المقطوع" واقتصادية" استقرار المعاملات" وفلسفية" مبد أ سلطان الإرادة ".

ونسارع للتنويه بأن المشرع قد استثنى من قاعدة القوة الملزمة للعقد حالة الحوادث الطارئ فخول للمحكمة فيها رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول والمعنى أن القاضى يتدخل لتعديل الالتزامات الناشئة عن العقد بما يتناسب مع تغير الظروف خروجا على منطق قاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

وفيما يلى، عرض لنظرية الظروف الطارئة:

نظرية الظروف الطارئة

نص قانونى، تعليق وتقسيم:

بعد أن نصت الفقرة الأولى من المادة ١٤٧ مدني على مبدأ لزوم العقد بتقريرها أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التى يقررها القانون.

نصت الفقرة الثانية على أنه " ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضى

تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول • ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك•

والمتأمل بالنص يرى بأن منطق قاعدة العقد شريعة المتعاقدين في الفقرة الأولى يرفض تعديل الالتزام التعاقدي لإخلاله بالاعتبارات الخلقية، والاقتصادية، والفلسفية التى يقوم عليها مبدأ لزوم العقد ومع ذلك فالفقرة الثانية من النص تخول القاضى سلطة رد الالتزام المرهق نتيجة الحوادث الطارئة إلى الحد المعقول بما يعتبر استثناء على قاعدة القوة الملزمة للعقود •

ونتناول فيما يلى الأساس الذي تقوم عليه نظرية الظروف الطارئ ثم شرائط تطبيقها وأخيرا الآثار التى تترتب عليها •

أولا- أساس نظرية الظروف الطارئة

اختلف الفقه في الأساس الذي تقوم عليه نظرية الظروف الطارئة بما يترتب عليها من نتائج، فالبعض على أنها تقوم على شرط ضمنى بالعقد مفاده أن المدين ما رضى بالزام نفسه إلا على أساس بقاء الظروف التى أبرم فيها العقد على حالها فإن تغيرت، وجب أن يتغير التزامه •

ومردود على ذلك بأن الشرط الضمنى ، مجرد افتراض أن يعتد في تأسيس نظرية مؤثرةعلى القوة المؤثرة الملزمة للعقد على محض افتراض لا حقيقة • والبعض على أن النظرية تستمد وجودها من نظرية الغبن Lesion، أى عدم التعادل الفادح أو الجسيم بين الالتزامات المتبادلة في العقود الملزمة للجانبينعلى سند بأنه إذا كان القاضى يرتب أثرا على الغبن عند إنشاء العقد وهو إنقاص التزامات المتعاقد المغبون، فوجب كذلك ترتيب ذات الآثار على العقد عند تنفيذه•

ويحتج على ذلك بأن الغبن الذي يعرفه القانون يكون عند إنشاء العقد لا تنفيذه كما أنه يقتصر على بعض العقود لاعتبارات خاصة كما أنه لا يجوز الطعن في العقد للغبن إلا إذا وصل إلى نسبة معينة.

وقد التجأ البعض إلى فكرة الإثراء بلا سبب كأساس تقوم عليه نظرية الظروف الطارئة اعتباراً بأن الدائن يثرى – في الظروف الطارئة – على حساب المدين دون سبب إذا تمسك بتنفيذ الالتزام المرهق للمدين إرهاقا فادحا وهوقول غير دقيق لأن إثراء الدائن في حالتنا له سبب وهو العقد.

وأخيرا يرى البعض بأن نظرية الظروف الطارئة تستند على عدم جواز التعسف في استعمال الحق اعتبارا بأن الدائن الذي يطلب تنفيذ العقد برغم ما يتهدد المدين من خسارة فادحة يتعسف في استعمال حقه بما يستوجب مسئوليته. ومردود على ذلك بأنه لا يمكن أن ينسب للدائن – في الظروف الطارئة – أى خطأ، والخطأ هو الأساس الذي تقوم عليه فكرة التعسف في استعمال الحق.

والثابت بأن محكمة النقض الفرنسية قد رفضت الأخذ بالنظرية إلى اليوم، وذلك على خلاف مجلس الدولة الفرنسى الذي اعتد بالنظرية، ورتب عليها أثرها من حيث تعديل الالتزامات العقدية منذ حكمه الشهير في ٣٠ يونيه ١٩١٦ عندما أعطى لشرطة الكهرباء الحق في المطالبة برفع سعر توريد التيار الكهربائى لظروف الحرب وهى حادث عام لم يكن في الوسع توقعه، ويستحيل دفعه ترتب عليه ارتفاع التكاليف ارتفاعا باهظا.

وقد أخذ المشرع المصرى، بالنظرية، ورتب عليها أثرها من حيث إمكانية تدخل القاضى لتعديل مضمون الالتزام التعاقدى وذلك بنص المادة ٢/١٤٧ إذا توافرت شرائطها.

٢- **شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة:**

ذكرنا أنه إذا وقعت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب عليها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى أصبح مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، أمكن للقاضى التدخل بتعديل الالتزام المرهق إلى الحد المقبول أو المعقول •

وبذا يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئ في القانون المصرى شرائط ثلاثة:

الأول : أن نكون بصدد عقد تراخى تنفيذه، ولم يتم تنفيذه بعد •

الثانى: ان يكون الحادث الطارىء استثنائيا وعاما وغير متوقع ولا يمكن دفعه•

الثالث: أن يترتب على الحادث الطارىء عدم استحالة تنفيذ الالتزام بل إرهاق المدين في تنفيذه •

الشرط الأول- أن نكون بصدد عقد تراخى تنفيذه، ولم يتم تنفيذه بعد:

- ويتبين من ذلك أن العقد إذا تم تنفيذه، ثم طرأ حادث استثنائي عام لا يكون له أى أثر فعقد البيع إذا قام البائع بتسليم المبيع، وقام المشترى بدفع الثمن ، لا يكون للحادث الطارىء بعد ذلك أثراً عليه•
- وعقد المقاولة الذى بادر فيه المقاول بإقامة البناء أو الإنشاء ودفع فيه رب العمل أجرة المقاول، لا تأثير للحادث الطارىء اللاحق عليه[82]•
- **وعلى عكس ذلك إذا جدت ظروف طارئة بعد إبرام العقد، وأثناء تنفيذه، أمكن للقاضى تطبيق الأثر المترتب عليها، أى من حيث رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ومن ذلك مثلا أن يطرأ الحادث بعد**

---

[82] وإن استقلت المقاولة بقواعد خاصة ، ورد النص عليها بالمادة ٤/٦٥٨ مدني ، فهى تطبيق لنظرية الظروف الطارئة من ناحية، وتختلف معها في الأثر، أو النتيجة من ناحية أخرى •

إبرام البيع، وقبل أن يوفى المشترى ببقية الثمن، حيث يكون الباقى منه عرضة للإنقاص إذا استجد حادث طارىء وما دفع لا يناله تعديل٠

- وإذا وقع الحادث الطارىء قبل أن ينهى المقاول الجزء المتبقى من المبنى، أو الإنشاء، جاز للقاضى أن يحكم بزيادة الأجر بما يتناسب مع الجزء المتبقى من الأعمال أو بفسخ العقد[٨٣] ٠
- وبذا، فإن المجال الطبيعي لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، هى العقود الزمنية، أى التى يفصل فيها الزمان بين إبرام العقد وتنفيذه بحيث أن الزمن يسمح بتغيير الظروف التى أبرم فيها العقد بما في ذلك العقود المستمرة، كالإيجار، والعمل، أو العقود دورية التنفيذ ،كعقد التوريد٠
- كذا يمكن أن تنطبق النظرية على العقود الفورية إذا كان تنفيذها مؤجلا، بما في ذلك البيع على أقساط ٠

الشرط الثانى- أن يكون الحادث استثنائياً وعاماً وغير متوقع ويستحيل دفعه:

المقصود بالحادث الاستثنائى، الذي يخرج عن المألوف بحسب السير العادى للأمور بما في ذلك الكوارث البشرية، كالحروب وحركات التمرد، والعصيان المدني والتقلبات الاقتصادية وما إليها أو الكوارث الطبيعية، بما فيها الزلازل، والفيضانات ٠ فإن كان الحادث غير استثنائى بما فيها الفيضانات العادية، أو الارتفاع المألوف في الأسعار فلا يترتب عليه أى أثر٠

والمقصود بالحادث العام ألا يكون خاصا بالمدين، بل يجب أن يشمل طائفة من الناس، كقرية، أو مدينة، فإن كان الحادث يتعلق بالمدين وحده، فلا يعد ظرفا طارئاً ولا يترتب عليه آثار الظروف الطارئة بما في ذلك مثلا إفلاس المدين أو شهره ٠

---

[83] وهو جزاء لا ينطبق في غير عقود المقاولة أخذا من نص المادة ٤/٦٥٨ مدنى٠

وأخيراً، يجب أن يكون الحادث الطارىء غير متوقع ويستحيل دفعه، ويرجع في تحديد التوقع إلى معيار موضوعى هو معيار الرجل العادى إذا وجد في ظروف المدين وقت التعاقد بصرف النظر عن توقع المدين فعلا حصول الحادث الطارىء أو عدم حصوله٠ وفى كل الحالات فإنه لا يكفى أن يكون الحادث غير متوقع وفقا لمعيار الرجل العادى بل يلزم كذلك أن يستحيل دفعه أو تجنبه حتى ولو كان غير متوقع ٠

الشرط الثالث- أن يجعل الحادث تنفيذ الالتزام مرهقاً:

والمعنى أنه إذا ترتب على الحادث الطارىء أن تنفيذ الالتزام التعاقدى أصبح مستحيلا فإن استحالة تنفيذ الالتزام ستقضى على العقد، وينفسخ بقوة القانون نتيجة القوة القاهرة ٠

ولذا، يجب أن يترتب على الحادث الطارىء إرهاق المدين لا استحالة تنفيذ التزامه ٠ فالفرق بين القوة القاهرة، والحادث الطارىء أن الأولى تجعل التزام المدين مستحيلا، والثانية تجعل الالتزام مرهقا لا مستحيلا٠

ويعتد في مدى الإرهاق الذي يخول القاضى في الظروف الطارئة تعديل التزام المدين بمعيار موضوعى ينظر فيه إلى الأداء في ذاته بغض النظر عن الظروف المالية أو الاقتصادية الخاصة بالمدين كذا، يقدر إرهاق المدين الذي يخول المحكمة تعديل الالتزام التعاقدى بالنظر إلىالصفقة التى أبرم بشأنها العقد أى بحيث تنسب الخسارة إلى هذه الصفقة لا إلى مجموع أموال المدين٠

وفى كل الحالات، فإن الالتزام يعتبر مرهقا للمدين إذا كان يهدده بخسارة فادحة إنما لا يجب أن ينشأ عن الظرف الطارئ الإنهيار المالى للمدين تماما يقطع بذلك أن المشرع استخدم في المادة ٢/١٤٧ مدني لفظة الخسارة الفادحة، فأساس تعديل المحكمة لالتزام المدين للظروف الطارئة هو العدالة، وليس من العدالة انتظار الانهيار المالى للمدين تماما لاستفادته من تدخل المحكمة بتخفيف

العبء عليه• ومن ناحية أخرى لا يكفى أن يكون الحادث من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام أكثر كلفة، أو يصيب المدين بخسارة عادية أو مألوفة بل يتعين أن تكون الخسارة فادحة، أى جسيمة وغير مألوفة•

أثر تطبيق نظرية الظروف الطارئة:

إذا تحققت الشرائط السابقة، فإن الأثر أو النتيجة، إمكانية القاضى التدخل لتعديل العقد برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول •

وفى تحديد معنى تعديل القاضى للعقد للظروف الطارئة نلفت النظر إلى مسائل ثلاث: الأولى، أن النص قد ورد بتخويل القاضى رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، وهى مسألة تختلف في العقود الملزمة للجانبين عن العقود الملزمة لجانب واحد وفى الأولى، يجوز للقاضى إنقاص أداء المدين سواء من حيث الكمية أو الجودة مثلا في تسليم البضائع • كما يمكنه زيادة الالتزام المقابل، كأن يرفع الثمن مثلا على المشترى لأجل إعادة التوازن في علاقات الطرفين ويجوز للقاضى كذلك أن يزيد في جزء من التزامات الدائن وينقص من جزء من التزامات المدين في آن واحد أو ينتقص من كم الأداء المرهق بسبب الظرف الطارىء ويزيد في نفس الوقت من الأداء المقابل •

وقد يترتب على الظروف الطارئة قيام المحكمة بوقف تنفيذ العقد حتى يزول الظرف الطارىء خصوصا، إذا كان مؤقتا بما في ذلك مثلا ارتفاع الأسعار لتقلبات اقتصادية مؤقتة بحيث أنه إذا زال الظرف الطارىء الذي أدى بالمحكمة إلى تعديل أثر العقد تعين الحكم بإنهاء التعديل والرجوع بالتنفيذ إلى ما كان عليه من قبل•

وعلى عكس ذلك ففى العقود الملزمة لجانب واحد لا يتسنى للقاضى زيادة الأداء المقابل، فهو غير موجود وبذا تكون وسيلة إعادة التوازن العقدى هو

إنقاص الأداء المرهق من حيث الكمية، أو الكيفية أو طريقة التنفيذ إذا تغيرت الظروف بصورة استثنائية وغير متوقعة.

والمسألة الثانية أن الظروف الطارئة اللاحقة لإبرام العقد تعطى القاضى رخصة تقتصر على رد الالتزام التعاقدى الذي لم يتم تنفيذه إلى الحد المعقول إذا كان تنفيذه مرهقاً للمدين على ما رأينا وبذا لا يكون له فسخ العقد، ولا إعفاء المدين من التزامه القائم ولا إلزام الدائن برد ما استوفاه .

وعلى أية حال فإن المشرع وإن منح القاضى رخصة تعديل آثار الالتزام للظروف الطارئة فإنه لم يلزم الدائن بهذا التعديل إلا إذا أراد الإبقاء على العقد، وبذا يكون للدائن أن يتفادى تعديل العقد بطلب فسخه.

وأخيراً، فإن دور المحكمة يقتصر على التخفيف من العبء الاستثنائى غير المتوقع فلا يجب أن يتعداه - كما قلنا - إلى الخسائر المألوفة في العقود فهذه يتحملها المدين وحده، وبعبارة أخرى ليس من دور القاضى إعادة التوازن أو التعادل الذي كان موجودا وقت العقد، ولا إزالة الإرهاق كله بل إزالة الإرهاق غير المألوف وإن بقى الالتزام مرهقا للمدين .

وفى كل الحالات، فإن تطبيق الأثر المترتب على الظروف الطارئة، بافتراض توافر شرائطها من النظام العام، بحيث يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك أى على استبعاد سلطة القاضى في التعديل والقول بغير ذلك يعنى استبعاد الحماية المقررة لنظرية الظروف الطارئة بما يخل بالأساس الذي تقوم عليه .

المبحث الثالث- أثر العقد من حيث الأشخاص

تمهيد وتقسيم:

المقصود بأثر العقد من حيث الأشخاص هو الإجابة على التساؤل الآتى :من هم الأشخاص الذين يلتزمون بالعقد؟ ونسارع للتنويه من البداية بأن القاعدة في تحديد الملتزمين بالعقد هى نسبية أثره الملزم بمعنى أن ما يترتب على العقد من حقوق والتزامات لا ينصرف إلا إلى المتعاقدين، ولا تنصرف إلى غيرهما.

وهذه القاعدة محض تطبيق لمبدأ سلطان الإرادة، اعتباراً بأن العقد لا يلزم إلا أطرافه لأنهم أرادوا الالتزام، فلا يلتزم الغير الذي لم يرده .

وإنما يثور التساؤل هل يمكن أن تنصرف آثار العقد إلى الخلف العام والخلف الخاص للمتعاقدين ؟

ويقصد بالخلف العام الوارث لكل التركة أو لحصة فيها عن سلفه إذا كانت حصة شائعة أما الخلف الخاص فهو من تلقى عن سلفه حصة معينة مثال ذلك المشترى من البائع والموهوب له من الواهب.

والقاعدة في هذا الخصوص، أن آثار العقد من حقوق والتزامات تنصرف إلى الخلف العام للمتعاقد بحيث إذا أبرم شخص عقدا ثم توفى فإن الآثار المترتبة على العقد تنصرف إلى ورثته، أو إلى من أوصى لهم بحصة في التركة، فتنتقل لهم الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد بشرط عدم الإخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث .

والمقصود بالتحفظ الوارد بالمادة ١٤٥ مدني التى بينت انصراف العقد إلى الخلف العام هو تطبيق قاعدة لا تركة إلا بعد سداد الدين أى أنه يتعين سداد ديون المتوفى من تركته أولا، فإن بقى شيء ينتقل إلى ورثته .

ونلفت النظر بأنه إذا كانت القاعدة، انصراف أثر العقد إلى الخلف العام، فإنه يستثنى منها حالات ثلاثة: الأولى، إذا وجد نص في القانون على انقضاء العقد بوفاة المتعاقد بما في ذلك مثلا انتهاء الوكالة بوفاة الموكل والوكيل في المادة ٧١٤ مدني وإنتهاء عقد شركة الأشخاص بوفاة أحد الشركاء في المادة ٥٢٨ مدني ٠

والحالة الثانية، إذا وجد اتفاق على إنهاء العقد بوفاة أى من المتعاقدين، وبه لا تنتقل الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد إلى الخلف العام للمتعاقد وبذا، فقاعدة انصراف أثر العقد إلى الخلف العام لا تتعلق بالنظام العام ٠

وأخيرا إذا كانت طبيعة المعاملة تقتضى انقضاء العقد بوفاة المتعاقد في العقود التى تبرم للاعتبارات الشخصية كان يتعهد شخص برسم لوحة فنية ثم يتوفى قبل تنفيذه لا تنتقل الحقوق والالتزامات الناشئة عن تعهده لخلفه العام لارتباطها بشخص السلف ٠

ثانيا- مدى انصراف آثار العقد إلى الخلف الخاص:

قلنا بأن الخلف الخاص من يتلقى من المتعاقد حقا على شىء معين كالمشترى والموهوب له، والقاعدة، أن الخلف الخاص من الغير فلا ينصرف إليه آثار عقود سلفه ، وعلى ذلك إذا أبرم البائع عقد قرض قبل البيع فلا ينصرف أثر القرض إلى المشترى ٠

وإذا أجر البائع شيئا غير المبيع لا تنصرف آثار الإيجار إلى المشترى ٠ ٠ ٠ وهكذا فالقرض في المثال الأول لا علاقة له بعقد البيع ، والإيجار في المثال الثانى لا علاقة له بالمبيع ٠

وإنما يثور التساؤل في الفرض الذي يبرم فيه السلف "البائع مثلا" عقدا يتعلق بالمبيع ٠ كأن يبرم بائع العقار عقد صيانة مع إحدى شركات الصيانة ثم يبيع العقار، فهل تنصرف آثار عقد الصيانة إلى المشترى؟

أو أن يقوم بائع السيارة بالتأمين عليها قبل البيع فهل تنتقل آثار التأمين إلى المشترى؟

أجابت عن ذلك المادة ١٤٦ مدنى بقولها إذا أنشأ العقد التزامات وحقوق شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته، وكان الخلف يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه ٠

والمعنى ، أنه يجوز أن تنتقل آثار العقد إلى الخلف الخاص إذا توافرت الشرائط الآتية:

١. أن يكون تاريخ إبرام العقد سابقا على انتقال الشيء إلى الخلف الخاص، فإذا أبرم العقد لاحقا لانتقال الشيء إلى الخلف الخاص، فإنه لا يحتج عليه به ٠

وعلى ذلك فعقد التأمين يحتج به في مواجهة الخلف الخاص لأنه أبرم قبل انتقال ملكية السيارة وعقد الصيانة يحتج به في مواجهة المشترى لأنه أبرم في وقت سابق لبيع العقار ٠٠٠ وعلى عكس ذلك لو باع (أ) العقار وانتقلت ملكيته إلى المشترى وبعد ذلك قام بتأجيره، فإن آثار الإيجار لا تنتقل إلى المشترى ٠

٢. أن يكون الخلف عالما بالحق أو بالالتزام وقت انتقال الشيء إليه فإن لم يكن يعلم بها، فإن آثار العقد تنتقل إليه٠

ونلفت النظر بأن المشرع المصرى قد أورد بالمادة ١/٦٠٤ مدني ما يعد في نظرنا محض تطبيق لانصراف أثر العقد للخلف الخارجى بنصها على أنه إذا انتقلت ملكية العين المؤجرة اختيارا أو جبرا إلى شخص آخر، فلا يكون الإيجار نافذا في حق هذا الشخص ما لم يكن له تاريخ ثابت سابق على التصرف الذي نقل الملكية ٠

والمتأمل بالنص المذكور، يرى بأنه اشترط لنفاذ الإيجار في مواجهة الخلف الخاص كل من الشرطين الأول والثانى فقط، دون اشتراط علم الخلف بالإيجار وقيل تبريرا لذلك بأن الهدف، هو تيسير احتجاج المستأجر بعقده على من انتقلت إليه ملكية العين المؤجرة .

ثالثا- أثر العقد بالنسبة للغير:

إذا أمكن الاحتجاج بآثار العقد في مواجهة عاقديه، والخلف العام، أو الخلف الخاص بشروط معينة فالثابت أن أثر العقد من حقوق والتزامات لا ينصرف إلى الغير .

ويعتبر غيرا- في هذا الصدد – كل أجنبى عن العقد، أى كل شخص لا يرتبط بأى من المتعاقدين برابطة ولا يكون خلفا لأى منهما.

كما يعتبر غيرا لا تنصرف إليه آثار العقد الخلف العام الذى يكون له حق خاص لا تمس به تصرفات سلفه بما في ذلك مثلا الوارث بالنسبة للوصية التى تجاوز الثلث، والوارث بالنسبة لتصرفات مورثه في مرض الموت .

ويدخل في زمرة الغير، الخلف الخاص الذين لا تتوافر لهم شروط نفاذ التصرفات في مواجهتهم، كما يعتبر الدائن من الغير في الفرض الذي تصدر فيه تصرفات المدين في الضمان العام إضرارا بحقه .

وإذا كانت القاعدة أن آثار العقد من حقوق، والتزامات لا تكون نافذة قبل الغير فلا يكسب حقاً أو يلتزم بالتزام من عقد لم يكن طرفا فيه . فثمة حالات مستثناة من القاعدة العامة، فيها يمكن للغير أن يكتسب حقا مباشراً من عقد لم يكن هو طرفا فيه، وأهم هذه الاستثناءات التعهد عن الغير، والاشتراط لمصلحة الغير .

المطلب الأول - التعهد عن الغير

نص، وتعليق:

تنص المادة ١٥٣ مدني بأنه إذا تعهد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر فلا يلزم الغير بتعهده ٠ فإذا رفض الغير أن يلتزم وجب على المتعهد أن يعوض من تعاقد معه، ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ الالتزام الذي تعهد به ٠

أما إذا قبل الغير هذا التعهد ، فإن قبوله لا ينتج أثرا إلا من وقت صدوره ، ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمنا أن يستند أثر هذا القبول إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد ٠

ويبين من النص بأن التعهد عن الغير ، مقصود به تعهد شخص بأن يحمل الغير على قبول الالتزام بأمر معين ويتحقق ذلك عملا في الفروض التى يتعذر فيها الحصول على رضاء الغير بعمل معين، فيتعهد شخص بالحصول على هذا الرضاء لاحقا ٠ ويضرب الفقه مثلا على ذلك بعقد الوكالة التى يجد فيها الوكيل صفقة لمصلحة موكله، لكن حدود الوكالة لا تسمح له بإبرامها، فيبرم العقد متجاوزا حدود وكالته، متعهدا أمام الغير بالحصول لاحقا على رضاء موكله بالصفقة، أى على إقراره ٠ أو إذا وجد أحد شريكين على الشيوع فرصة لبيع العقار الشائع بثمن كبير، فيتعاقد مع المشترى بنفسه ويتعهد عن شريكه الغائب أى بالحصول على رضائه بالبيع ٠

ونتناول فيما يلى شروط التعهد عن الغير ثم أثره :

شروط التعهد عن الغير:

لا ينتج التعهد عن الغير أثره من حيث التزام المتعهد بالحصول على رضاء الغير إلا إذا توافرت شرائط ثلاثة:

أ- أن يتعاقد المتعهد باسمه، لا باسم الغير الذى يتعهد عنه وبذا يختلف التعهد عن الغير عن الوكالة ، ففى الأول يتعهد الشخص بنفسه، وفى الثانية، يبرم الوكيل العقد باسم ولحساب الموكل· ولذات العلة، يختلف دور المتعهد عن عمل الفضولى، فالأخير كذلك يتعاقد باسم رب العمل ولحسابه·كما يختلف التزام المتعهد عن التزام الكفيل ، فالأول التزام أصلى محله الحصول على رضاء الغير، وينقضى بالحصول على هذا الرضاء بينما التزام الكفيل التزام تبعى يقوم لضمان التزام أصلى في ذمة المدين ·

ب- أن تتجه إرادة المتعهد إلى إلزام نفسه بالحصول على رضاء الغير، وليس إلزام الغير بالتراضى، أو بإقرار التصرف الذي يبرمه المتعهد، فالاتفاق على إلزام الغير بعقد لم يكن طرفا فيه باطل ، ذلك أنه أجنبى أصلا عن العقد ·

ج- أن يلتزم المتعهد بتحقيق نتيجة من تعهده هى حمل الغير على الرضاء بالتصرف الذي أبرمه · فإذا لم تتحقق هذه النتيجة ، اعتبر المتعهد مسئولا بتعويض من تعاقد معه · وبذا يتضح بأن المتعهد يتعهد بالحصول على رضاء الغير، لكنه لا يكفل تنفيذ التزام الغير، وهو فرق مهم فيما رأينا بين التعهد عن الغير ، والكفالة·

٢- أثر التعهد عن الغير:

قلنا أن المتعهد بخلاف الكفيل لا يضمن تنفيذ المتعهد لالتزامه ولذا ، فالمتعهد له بالخيار بين قبول التعهد، أو رفضه فإن قبل التعهد عنه، " صراحة أوضمنا فإن آثار التعهد تنصرف إليه من جهة ويكون المتعهد قد نفذ تعهده وتبرأ ذمته نهائيا من جهة أخرى·

ويترتب على أن قبول الغير التعخد يقيم عقدا جديدا أن قبوله لا ينتج أثرا إلا من وقت صدوره، ويجوز مع ذلك – باتفاق الطرفين – أن يكون للقبول أثر رجعي أي بحيث يستند أثر القبول إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد .

وإذا رفض الغير " المتعهد له" إقرار التعهد فإنه لا يكون مسئولا عن ذلك لأن التعهد لا يرتب في ذمته التزام بضرورة قبول التعهد وكل ما يترتب على ذلك التزام المتعهد بتعويض من تعاقد معه عن رفض الغير للتعهد . وللمتعهد أن يتخلص من التعويض إذا عرض تنفيذ العقد بدلا من المتعهد له، إذا كان ذلك ممكنا، ولم يتعلق التصرف بعقد من عقود الاعتبار الشخصي.

المطلب الثاني - الاشتراط لمصلحة الغير:

نصوص قانونية، تعليق وتقسيم:

تنص المادة ١٥٤ مدنى بأنه يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية .ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه، ما لم يتفق على خلاف ذلك . ويكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفوع التى تنشأ عن العقد .

ويجوز كذلك للمشترط أن يطالب بتنفيذ ما اشترطه لمصلحة المنتفع، إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك.

وتقضى المادة ١٥٥ مدني بأنه يجوز للمشترط دون دائنيه أو ورثته أن ينقض المشارطة قبل أن يعلن المنتفع إإلى المتعهد أو إلى المشترط رغبته في الاستفادة منها، ما لم يكن ذلك مخالفا لما يقتضيه العقد ولا يترتب على نقض المشارطة أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشترط إلا إذا اتفق صراحة أو ضمنا على

خلاف ذلك • وللمشترط إحلال منتفع آخر يحل محل المنتفع الأول، كما له أن يستأثر لنفسه بالانتفاع من المشارطة.

وتنص المادة ١٥٦ على أنه يجوز في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصا مستقبلا أو جهة مستقبلة كما يجوز أن يكون شخصيا أو وجهه لم يعينا وقت العقد، متى كان تعيينهما مستطاعا وقت أن ينتج العقد أثره طبقا للمشارطة.

ويبين من النصوص السابقة بأن الاشتراط لمصلحة الغير أحد الأنظمة القانونية ثلاثية الأطراف، يتم بين شخص يسمى المشترط ، وبين المتعهد على ترتيب التزامات لمصلحة شخص آخر يسمى المنتفع أو المستفيد • بحيث ينشأ للأخير حق مباشر من عقد لم يكن طرفا فيه ومن أهم تطبيقات الاشتراط لمصلحة الغير ، أن يؤمن شخص على حياته لمصلحة زوجته وأبنائه ، بحيث يؤول لهؤلاء ملغ التأمين بعد وفاته • وفى المثال المذكور، المؤمن له، هون المشترط والمؤمن أو شركة التأمين هى المتعهد، والزوجة والأولاد هم المنتفع أو المستفيد • وإذا توفى المشترط دون تعيين المستفيد وجب اعتبار المشترط قد اشترط نفسه وبذا يدخل مبلغ التأمين فى تركته ويوزع على الورثة •والاشتراط لمصلحة الغير – بذلك – استثناء حقيقى على مبدأ نسبية أثر العقد من حيث الأشخاص ، وفيه لا يقتصر أثر العقد على طرفيه ومن يمثلانهما في التعاقد، بل ينصرف أثره إلى أجنبى عنه •

المحور الأول- شروط الاشتراط لمصلحة الغير :

الاشتراط عقد ينبغى أن يتوافر له أركان العقد، وشرائط صحته وهو من ناحية أخرى عقد يرتب التزاما لمصلحة آخر لم يكن طرفا فيه هو المنتفع • لاذ

يتعين أن يكون للمشترط مصلحة شخصية" مادية أو أدبية من الاشتراط ، أو يكون المنتفع معينا أو على الأقل قابلا للتعيين" •

وعن الطائفتين من الشروط نتناول ما يلي:

أولا: شروط الاشتراط كعقد:

قلنا بأن الاشتراط لمصلحة الغير عقد بين المشترط والمستفيد يتعين بالتالي أن تتوافر له أركان العقد وشرائط صحته، فإن تخلفت الأولى يكون باطلا بطلانا مطلقا وإن تخلفت الثانية يكون قابل للإبطال•

كذا يجب أن يتعاقد المشترط باسمه لا باسم المنتفع أو المستفيد وهو ما يميز الاشتراط لمصلحة الغير عن العقد الذى يعقده النائب باسم الأصيل ولحسابه•

ويجب أن تتجه إرادة المتعاقدين إلى إعطاء المستفيد حقا مباشرا من العقد فإن لم تتجه الإرادة صراحة أو ضمنا لذلك انتفى وجود الاشتراط لمصلحة الغير

ثانيا: شروط الاشتراط بالنسبة للمشترط:

يجب أن يكون للمشترط مصلحة شخصية من الاشتراط ويمكن أن تكون هذه المصلحة مادية، إذا كان الدافع إلى الاشتراط هو وفاء المشترط بدين عليه للمستفيد وقد تكون أدبية حيث يقصد المشترط تقرير الحق للمستفيد تبرعا أو بدون مقابل مادة ١٥٤/١ مدني ، ومثال المصلحة المادية للمشترط تأمين صاحب السيارة عن الأضرار التى تلحق بالغير من الحوادث أو تأمين صاحب العمل لمصلحة العمال عن الأضرار التى تلحق بهم أثناء العمل ومثال المصلحة الأدبية قيام الب بالتأمين على حياته لمصلحة أولاده

كما يجب أن يعين المنتفع أو المستفيد، أو على الأقل أن يكون قابلا للتعيين أى بعد العقد ولذا نصت المادة مدني على أنه يجوز في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصا مستقبلا أو جهة مستقبلة، كما يجوز أن يكون

شخصا أو جهة لم يعينا وقت العقد متى كان تعيينهما مستطاعا وقت أن ينتج العقد أثره طبقا للمشارطة ٠

المحور الثاني - آثار الاشتراط لمصلحة الغير

قدمنا بأن الاشتراطلمصلحة الغير عقد بين المشترط، والمتعهد يتمخض عن منفعة مادية أو أدبية لشخص ثالث يسمى المنتفع أو المستفيد ٠

وتتمثل آثار الاشتراط لمصلحة الغير في علاقة المشترط والمتعهد ثمفى علاقة المشترط والمنتفع وأخيراً في العلاقة بين المتعهد والمنتفع ٠

١ - آثار الاشتراط في العلاقة بين المشترط والمتعهد :

طرفان – فيما قدمنا – في الاشتراط لمصلحة الغير هما المشترط، والمتعهد وقد تكون العلاقة فيما بينهما معاوضة ، بما في ذلك تأمين الأب على حياته لمصلحة أولاده وقد تكون تبرعا بما في ذلك أن يهب (أ) لـ (ب) أمواله شريطة أن يدفع لـ (جـ) راتباً لمدى الحياة ٠

وإذ كان الاشتراط عقدا بين المشترط والمتعهد فإنه ينتج آثار العقد من حقوق والتزامات في مواجهة طرفيه من دون المنتفع أو المستفيد٠ وعليه، فمن يؤمن على حياته لمصلحة أولاده يلتزم بدفع أقساط التأمين في مواعيدها، مقابل التزام المؤمن بتغطية الخطر٠ إنما لا يجوز للمؤمن إلزام المنتفع أو المستفيد " الأولاد " بأقساط التأمين ٠

ومع ذلك يكون للمستفيد مطالبة المتعهد مباشرة بأداء المنفعة المشترطة له، كما يكون للمشترط ذات الحق بدعوى مباشرة يرفعها باسمه لا باسم المستفيد ما لم يظهر من العقد خلاف ذلك، إعمالا لنص المادة ٣/١٥٤ مدني ٠

٢- آثار الاشتراط في العلاقة بين المشترط والمنتفع :

الغاية من الاشتراط لمصلحة الغير أن يتحمل المتعهد بالإلتزام الناشىء من العلاقة بينه وبين المتعهد لمصلحة أو فائدة المستفيد ٠ وقد يلتزم المشترط في مواجهة المتعهد معاوضة، أو تبرعا على النحو الذي بسطناه آنفا والمهم أن المستفيد يتلقى من عقد الاشتراط حقا شخصيا ومباشرا بمعنى أنه لا يمر أولا في ذمة المشترط ثم ينتقل منه للمنتفع بل يثبت لهذا الأخير إبتداء ، ومباشرة ٠

٣- آثار الاشتراط في العلاقة بين المتعهد والمستفيد

العلاقة بين المتعهد والمستفيد يحكمها أمرين: الأول أن المستفيد في عقد الاشتراط من الغير صحيح أنه يتلقى حقا من عقد لم يكن طرفا فيه لذا كان الاشتراط لمصلحة الغير محض إستثناء على نسبية آثار العقد ، دفعت إليه حاجات عملية لا يمكن تجاهلها ٠

والثانى ، أن المنتفع أو المستفيد يثبت له من عقد الاشتراط حق شخصى ، ومباشر يخوله أن يرفع الدعوى باسمه الشخصي لا باسم المشترط للمطالبة بآثار عقد الإشتراط بينه وبين المتعهد ٠

والتسليم بأن حق المستفيد من الاشتراط شخصى ومباشر يرتب نتيجتين : الأولى، أنه إذا توفى المشترط في التأمين على الحياة لمصلحة الأولاد ، مثلاً، فإن المستفيد لا يتلقى مبلغ التأمين على أنه ميراث أو وصية من المشترط أى أنه لا يتلقاه بوصفه من تركة المشترط ، بل يتلقاه من عقد لم يكن طرفا فيه ، هو عقد الاشتراط ولا تنطبق عليه لذلك أحكام المواريث ولا يخضع لقيود الوصية ٠ فإن كان للمستفيد مثلا ولداً وبنتين يوزع مبلغ التأمين عليهم بالتساوى وليس بحسب قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين٠

أما النتيجة الثانية من اعتبار حق المنتفع من الاشتراط شخصى ومباشر هى أنه في تلقى الحق لا يخضع لمزاحمة دائنى المشترط وإنما لمزاحمة دائنى

المتعهد على سند بأنه دائن للمتعهد وليس دائنا للمشترط ٠ وبعبارة أخرى لأنه يتلقى الحق مباشرة من المتعهد لا من المشترط ٠

ومقابل ذلك يكون للمتعهد في مواجهة مطالبة المستفيد بحقه أن يتمسك في مواجهته بكل الدفوع الناتجة له من عقد الاشتراط بما في ذلك البطلان ، أو الإبطال ، أو الدفع بعدم التنفيذ ، أو الفسخ ٠ بإيجاز يكون للمتعهد قبل المستفيد كافة الدفوع التى كانت له قبل المشترط ٠

نقض الاشتراط لمصلحة الغير

إذا كان الاشتراط لمصلحة الغير – فيما قدمنا – ينطوى على منفعة للمستفيد يقدمها المتعهد ٠ فإن الثابت كذلك أن المشترط هو الذي سيتحمل بها بجميع التزامات المشارطة ولذا يكون له الحق في نقض المشارطة، حتى بعد إبرام عقد الاشتراط فيترتب على ذلك حرمان المستفيد من الفائدة التى كان يرتبها عقد الاشتراط ٠

كذا ، يترتب على نقض المشارطة أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشترط ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك

وإن كان للمشترط نقض المشارطة ، فله الحق كذلك أن يحل مستفيد آخر محل المستفيد الأول من عقد الاشتراط ٠ كما يكون له أن يستأثر شخصيا بالمنفعة من المشارطة ٠

و نقض المشارطة ليس مطلقا للمشترط بل يتقيد بإعلان المنتفع إلى المتعهد أو إلى المشترط برغبته في الاستفادة من المشارطة ٠ بمعنى أنه إذا أعلن المستفيد برغبته في الإفادة من الاشتراط لا يكون بعدها للمشترط نقض المشارطة ٠

ويبقى أن نوضح بأن نقض المشارطة حق يثبت للمشترط وحده دون دائنيه أو ورثته ٠

الفصل الثالث - انحلال العقد

تمهيد وتقسيم :

المقصود بإنحلال العقد ، إزالة الرابطة العقدية التى تجمع بين طرفيه بعد قيامها ٠ والحقيقة أن مصطلح " إنحلال العقد " خادع أو مضلل ، فالعقد بذاته لا ينقضى، بل الالتزامات الناشئة عنه هى التى تنقضى، ويظل العقد قائما ليؤكد أو يدعم الحقوق الناشئة عنه بعد تنفيذ المتعاقدين للالتزامات المتولدة ٠

وعليه إذا أبرم عقد بيع ، سلم البائع فيه المبيع ، وقام المشترى بدفع الثمن ، ، يظل العقد سندا للملكية ، وللوفاء بالثمن ٠

وتنحل الرابطة العقدية – بالمعنى الذى بسطناه – بأسباب ثلاثة هى الفسخ والانفساخ والتقايل أو الإقالة

المطلب الأول - الفسخ

تمهيد وتقسيم :

الفسخ ، حل الرابطة التعاقدية بناء على طلب أحد المتعاقدين إذا أخل المتعاقد الآخر بالتزاماته ٠

والفسخ – على هذا النحو – جزاء على قواعد تنفيذ العقد لا إبرامه ٠ أى أنه لا يلحق سوى العقود التى اكتملت أركان انعقادها ، وشرائط صحتها، بحيث أنه إذا أخل أحد المتعاقدين بالتزاماته، كان للمتعاقد الآخر، طلب فسخ العقد ٠

والفسخ على أنواع : قضائى يقع بحكم القاضى ، وقانونى أو اتفاقى ، إذا اتفق العاقدان على حصوله بقوة القانون دون حاجة إلى أن ينشئه حكم القاضى٠

ونعرض بداية للفسخ القضائى، ثم للفسخ القانونى أو الاتفاقى ٠

الفرع الأول - الفسخ القضائى :

- لا يقع الفسخ القضائى إلا إذا توافرت شرائط معينة ، وللقاضى مع ذلك سلطة تقديرية واسعة إزاء الفسخ القضائى.

والمهم أنه إذا حكم بالفسخ ترتبت آثاره من حيث إنحلال العقد أو زواله بأثر رجعى . فالفسخ ، كالبطلان له كأصل عام أثر رجعى ، يرتد إلى تاريخ إبرام العقد وثمة استثناءات ترد على ذلك .

ونعرض بداية لشروط الفسخ ، ثم لتقريره، وآثاره على النحو الآتى:

- أولاً: شروط الفسخ

الفسخ بنوعيه – القضائى، والاتفاقى أو القانونى ، يلزم لإيقاعه توافر الشرائط الآتية :

1. **أن يكون العقد ملزما للجانبين ، ففى هذه العقود وحدها يتوافر أساس نظرية الفسخ. أما في العقود الملزمة لجانب واحد، فلا معنى لقيام الفسخ فيها لأن المدين فيها أحد المتعاقدين فقط فإذا تخلف عن الوفاء بالتزامه لم يكن في مصلحة الطرف الآخر فسخ العقد، بل اقتضاء التنفيذ.**

   فإذا انتهينا بأن الفسخ لا يكون سوى في العقود الملزمة للجانبين فإنه يستوى بعد ذلك أن يكون هذا العقد محددا، أو احتمالياً .

2. إخلال المدين بالتزام ناشىء عن العقد . وعلى ذلك فإن الإخلال بتنفيذ الالتزامات الناشئة من العقد لا يكفى بذاته للحكم بالفسخ بل يجب أن يكون مرد الإخلال خطأ المدين . وتفسير ذلك أن الفسخ جزاء القوة الملزمة للعقود لا يقوم فيما يراه البعض إلا حيث تقوم المسئولية التعاقدية وعليه، رفضت محكمة النقض الفرنسية مثلا حكم الاستئناف الذى قضى بفسخ العقد على سند بأنه لم يعد ملائماً لإرادة المتعاقدين

دون التثبت بأن عدم تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه يرجع لخطأ المدين [٨٤].

وحكم برفض طلب البائع فسخ عقد البيع لعدم قيام المشترى بتسليم المبيع ، اعتبارا بأن عدم تسليم المبيع مرده خطأ البائع نفسه المتمثل في وجود عيوب متعددة بالمبيع وليس ثمة خطأ يمكن نسبته إلى المشترى " المدعى عليه " [٨٥] .

ونلفت النظر بهذا الخصوص – لمسألتين : الأولى ان الإخلال بالالتزام لخطأ المدين يبرر طلب الفسخ حتى لو لم يصب الدائن بأى ضرر ٠
والثانية أن عدم تنفيذ المدين لالتزامه الناشىء عن قوة قاهرة أو سبب أجنبى لا يعتبر سببا لفسخ العقد ٠ بل لإنفساحه٠

٣. يجب أن يكون إخلال المدين بتنفيذ التزاماته ثابتا على وجه رسمى أى عن طريق إعذار المدين بتنفيذ العقد أو بفسخه ٠ وتظهر أهمية الإعذار على وجه الخصوص – في الفسخ القانونى أو الاتفاقى حيث تقع بقوة القانون ، ودون حاجة إلى الحكم من القضاء ٠ أما في الفسخ القضائى ، فإن مجرد رفع دعوى الفسخ ، إعذار للمدين بأنه تخلف عن تنفيذ التزاماته ٠

٤. يجب ألا يكون الذي طلب الفسخ ، قد تخلف هو الآخر عن الوفاء بالتزاماته ٠ أى يجب على طالب الفسخ أن يكون أصلاً قد أوفى بالتزامه أو على الأقل على استعداد للوفاء به ٠

أن يكون الدائن طالب الفسخ ، قادراً على إعادة الحال إلى ما كانت عليه، وهو الأثر المترتب على دعوى الفسخ ٠

---

[84] انظر نقض مدني / ٢٠ يونيه ١٩٩٥ / ح ٠س ٠ب / ١٩٩٥ / جـ٣ / ٢٠١٨ ٠

[85] نقض مدني ٢٥ مايو ١٩٩٢ / ج ٠ س ٠ ب / ١٩٩٢ / جـ٣ / ٢١٥٧ ٠

- ثانيا: تقرير الفسخ

إذا كانت شرائط الفسخ بنوعيه واحدة، فإن كيفية تقرير الفسخ تختلف بحسب ما إذا كنا بصدد فسخ قضائى أو فسخ قانونى، اتفاقى فالأول لا يقع من تلقاء نفسه بل يلزم لطالبه الالتجاء للقضاء ولا يكون للقاضى أن يحكم به من تلقاء نفسه .

وفى كل الحالات فإن القاضى له سلطة تقديرية واسعة فى الحكم بالفسخ أو رفضه حتى برغم توافر جميع شرائطه . فيمنح المدين أجلاً للوفاء بالتزاماته الذى أجل تنفيذها .

وله كذلك رفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة للالتزام فى جملته – مادة ٢/١٥٧ مدنى.

أما الفسخ القانونى أو الاتفاقى ، فإن العقد يعتبر مفسوخاً من تلقاء نفسه – أى بدون الحاجة إلى صدور حكم من المحكمة – بمجرد حصول الإخلال بالالتزامات الناشئة عنه .

ولذا تنص مادة ١٥٨ مدنى بأنه يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائى عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه ، وهذا الاتفاق لا يعفى من الاعذار، إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه .

ثالثا: أثر الفسخ

يتمثل أثر الفسخ فى زوال العقد بالنسبة للماضى والمستقبل. بحيث يعتبر العقد الذى يتقرر فسخه كأن لم يكن بما يترتب عليه من إعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد . فإن استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض .

الفهرس

رقم الإيداع بدار الكتب: ٢٠٠٥/١٧٠٥٧
الترقيم الدولي I.S.B.N: 977-410-001-8